

مختصر الفقهاء

لعلاء الدين السمرقندي (٥٢٩ هـ)

حقه وعلمه عليه ونشره لأول مرة

الدكتور محمد زكي عبد البر

الأستاذ بكلية الشريعة - جامعة قطر
ونائب رئيس محكمة النقض بمصر (سابقاً)

المجلد الثالث

مكتبة دار التراث

٤٤ شارع الجزيرة - القاهرة

تحفة الفقهاء

٢٩٧٠
٩٨٨
١٥٢
لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ).

ومى اصل « بدائع الصنائع » للكاساني - قال اللكنوي :
« ملك العلماء الكاساني ، صاحب البدائع شرح تحفة الفقهاء :
أخذ العلم عن علاء الدين محمد السمرقندي ، صاحب التحفة ».

٥٧٥٨
14/125

حققه وعلّق عليه ونشره لأول مرة

الدكتور محمد زكي عبد البر

الأستاذ بكلية الشريعة - جامعة قطر
ونائب رئيس محكمة النقض بمصر (سابقاً)

الجزء الثالث

راجع منه وقدم له الأستاذ الجليل الشيخ علي الحفيف أستاذ الشريعة الإسلامية
بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ووكيل تلك الكلية سابقاً

مكتبة دار التراث

٢٢ شارع الجمهورية - القاهرة

جميع الحقوق محفوظة للمحقق الناشر

الدكتور معمر زكي جبر البر

الطبعة الثالثة

١٤١٩هـ - ١٩٩٨م

رقم الإيداع : ١٥٢١٣ / ٩٨

كتاب

الشركة^(١)

الشركة^(٢) نوعان : شركة أملاك ، وشركة عقود .

فـشـركـة الـمـشـرك

على ضربين :

أحدهما - ما كان بفعلها^(٣)، مثل أن يشتري أو يوهب لهما أو يوصى لهما فيقبلا^(٤) .

والآخر - بغير فعلها^(٥)، وهو أن يرثا .

والحكم في الفصلين واحد ، وهو أن الملك مشترك بينهما . وكل واحد منهما^(٦) في نصيب شريكه كالأجنبي : لا يجوز له^(٧) التصرف فيه إلا بإذنه .

-
- (١) كل « كتاب الشركة » ناقص من ح . وهو استمرار للنقص الذي أشرنا إليه في الجزء الثاني في باب كفارة اليمين (راجع الهامش ٧ ص ١٠٥ من الجزء الثاني) .
- (٢) في ١ : « قال رحمه الله : الشركة » .
- (٣) في ١ : « بفعلها » .
- (٤) كذا في ب . وفي الأصل وا وفي الكسائي (٦ : ٥٦) : « فقبلا » .
- (٥) في ١ : « بفعلها » . راجع فيما تقدم الهامش ٣ .
- (٦) « منهما » من أ .
- (٧) « له » من أ و ب .

وأما شركة العقود

فعلى ثلاثة^(١) أوجه : شركة بالأموال ، وشركة بالأعمال ، وشركة بالوجوه ؛ ويدخل فى كل واحد منهما شركة العنان وشركة المفاوضة - فنذكر فى كل نوع : كيفيته ، وشرايطه ، وأحكامه^(٢) .

أما الشركة بالأموال

فلها^(٣) شروط ، عناينا كانت الشركة أو مفاوضة :

منها - أن يكون مال الشركة حاضرا ، إما عند العقد أو عند الشراء ، ولا يجوز بمال غائب أو دين فى الحالين - ولهذا قالوا فيمن دفع إلى رجل ألف درهم وقال « اخرج مثلها ، واشتر بها ، وبع ، فما ربحت كان^(٤) بيننا » ، فأخرج ألفا واشترى بها : جاز ، وإن لم^(٥) يوجد المال المعين^(٦) عند العقد ، وإنما وجد عند الشراء . وإنما كان كذلك^(٧) لأن الشركة لا تتم إلا بالشراء ، فوجود المال عنده كوجوده فى الابتداء .

(١) فى ١ : « العقود ثلثة » .

(٢) « وأحكامه » من ا و ب .

(٣) العا . من ا .

(٤) « كان » ليست فى ب .

(٥) فى ١ : « واشترى بها ولم » فليس فيها « جاز » ولا « إن » .

(٦) « المعين » من ا و ب . وفى ب : « العين » . وزاد هنا فيها (فى ا و ب) : « من الجنس » .

(٧) « كذلك » من ا .

ومضها - أن يكون رأس مال الشركة أثمانا مطلقة^(١)، من الدراهم والدنانير، عند أكثر العلماء. ويصح عقد الشركة فيها^(٢) بالإجماع. ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير: جازت الشركة^(٣) عندنا. وعند زفر: لا يجوز.

وأما التبر^{١٥٢} فلا تصح الشركة به؛ وجعله كالعروض في هذا الكتاب، وفي كتاب الصرف جملة ثمن^(٤).

وخلط المالين ليس بشرط عندنا، وعند زفر شرط.

وأما المكيل والموزون والعدييات المتقاربة: فلا تصح الشركة بها^(٥)، قبل الخلط، بالإجماع، لأنها ليست بأثمان عند التعمين، والشركة لا تصح^(٦) فيها إلا وهي ثمن^(٧)، وإنما هي أثمان في الذمة. أما بعد الخلط: <ف> قال أبو يوسف: لا تصح الشركة^(٨) وإنما صارت^(٩) شركة أملاك، وقال محمد: صحّت الشركة بالخلط.

وإنما يظهر الخلاف فيما إذا كان المكيل نصفين، وقد شرط أن

(١) في ١: «مطلقا».

(٢) في ١: «فيها».

(٣) «الشركة» من أوب.

(٤) انظر ماسياتي في كتاب الصرف وفي أوله: «الصرف اسم لبيع الذهب والفضة والتبر».

(٥) في ب: «بها».

(٦) في أوب: «لا تقع».

(٧) في أوب: «عين» راجع اليكاساني ١: ٦٠: ٦.

(٨) في أوب: «لا تصح الشركة فيه» ولعل الصحيح: «... فيها».

(٩) التام من أوب.

وأما شركة العقود

فعلى ثلاثة^(١) أوجه : شركة بالأموال ، وشركة بالأعمال ، وشركة بالوجوه ؛ ويدخل فى كل واحد منهما شركة العنان وشركة المفاوضة - فنذكر فى كل نوع : كيفيته ، وشرائطه ، وأحكامه^(٢) .

أما الشركة بالأموال

فلها^(٣) شروط ، عناينا كانت الشركة أو مفاوضة :

منها - أن يكون مال الشركة حاضرا ، إما عند العقد أو عند الشراء ، ولا يجوز بمال غائب أو دين فى الحالين - ولهذا قالوا فيمن دفع إلى رجل ألف درهم وقال « اخرج مثلها ، واشتر بها ، وبع ، فما ربحت كان^(٤) بيننا » ، فأخرج ألفا واشترى بها : جاز ، وإن لم^(٥) يوجد المال المعين^(٦) عند العقد ، وإنما وجد عند الشراء . وإنما كان كذلك^(٧) لأن الشركة لا تتم إلا بالشراء ، فوجود المال عنده كوجوده فى الابتداء .

(١) فى ١ : « العقود فتلاثة » .

(٢) « وأحكامه » من ا و ب .

(٣) العا . من ا .

(٤) « كان » ليست فى ب .

(٥) فى ١ : « واشترى بها ولم » فليس فيها « جاز » ولا « إن » .

(٦) « المعين » من ا و ب . وفى ب : « العين » . وزاد هنا فيهما (فى ا و ب) : « من الجنس » .

(٧) « كذلك » من ا .

ومنها - أن يكون رأس مال الشركة أثمانا مطلقة^(١)، من الدراهم والدنانير، عند أكثر العلماء. ويصح عقد الشركة فيهما^(٢) بالإجماع. ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير: جازت الشركة^(٣) عندنا. وعند زفر: لا يجوز.

وأما التبر^{١٥٢} فلا تصح الشركة به، وجعله كالعروض في هذا الكتاب، وفي كتاب الصرف جعله ثمنا^(٤).

وخلط المالين ليس بشرط عندنا، وعند زفر شرط.

وأما المكيل والموزون والعدييات المتقاربة: فلا تصح الشركة بها^(٥)، قبل الخلط، بالإجماع، لأنها ليست بأثمان عند التعيين، والشركة لا تصح^(٦) فيها إلا وهي ثمن^(٧)، وإنما هي أثمان في الذمة. أما بعد الخلط: <ف> قال أبو يوسف: لا تصح الشركة^(٨) وإنما صارت^(٩) شركة أملاك، وقال محمد: صحّت الشركة بالخلط.

وإنما يظهر الخلاف فيما إذا كان المكيل نصفين، وقد شرط أن

(١) في ١: «مطلقا».

(٢) في ١: «فيها».

(٣) «الشركة» من أ و ب.

(٤) انظر ماسياتي في كتاب الصرف وفي أوله: «الصرف اسم لبيع الذهب والفضة والتبر».

(٥) في ب: «بهما».

(٦) في أ و ب: «لا تقع».

(٧) في أ و ب: «عين» راجع الكاساني، ٦: ٦٠٠.

(٨) في أ و ب: «لا تصح الشركة فيه» ولعل الصحيح: «... فيها».

(٩) التاء من أ و ب.

يكون الربح أثلاثا ، فخلطاه ، واشترى به : قال أبو يوسف : الربح ^(١) على قدر المالين . وقال محمد : على ما شرطنا .

وأما الشركة بالعروض : فلا تجوز عندنا ، خلافا للمالك ، لأن الشركة تقتضى الوكالة ، والتوكيل على الوجه الذى < آ > تضمنه الشركة لا يصح بالعروض ^(٢) . فإنه لو قال لغيره « بع عرضك على أن ثمنه بيننا » لم يصح . ولو قال لرجل « اشتر بألف من مالك على أن ما اشتريته بيننا وأنا أشتري بألف من مالى على أن ما أشتري بيننا » : جاز ذلك - فهذا افتراقا .

. . .

وأما شركة العنان :

فتفسيرها ^(٣) أن يشارك صاحبه فى بعض الأموال التى ذكرنا ، لا ^(٤) فى جميع الأموال ، ويكون كل واحد منهما ^(٥) وكلا عن صاحبه فى التصرف فى النوع الذى عينا من أنواع التجارة أو فى جميع أنواع ^(٦) التجارة إذا عينا ذلك أو أطلقا ، ويبينان ^(٧) قدر الربح . وهذه الشركة جائزة بلا خلاف ، لأنها تقتضى الوكالة فى التصرف ،

(١) « الربح » ليست فى ا .

(٢) فى ا و ب : « فى العروض » .

(٣) القاء من ا و ب . وفى الاصل : « و » .

(٤) فى ب : « إلا » .

(٥) « منهما » من ا و ب .

(٦) « أنواع » من ا و ب .

(٧) فى ب : « وبيننا » . وفى ا : « وبيان » .

عن كل واحد منهما، لصاحبه^(١)، والتوكيل صحيح .

ولهذا تجوز هذه^(٢) الشركة بين كل من كان من أهل التجارة مأذونا فيها، كالعبد المأذون والصبي المأذون^(٣) والمكاتب والذمي، كما تجوز بين الأحرار البالغين المسلمين، لأن قبول الوكالة صحيح منهم . ويجوز أن يشترط العمل عليهما، بأن اشتركا على أن « يديما ويشتريا على أن ما رزق الله من ذلك فهو بينهما على كذا » . ويجوز أن يشترطا العمل^(٤) على أحدهما دون الآخر .

ثم لاشك أنهما إذا شرطا الربح بينهما نصفين: جاز، بالإجماع، إذا كان رأس مالهما على السواء، سواء شرط^(٥) العمل عليهما أو على أحدهما، لأن استحقاق الربح بالمال أو بالعمل، وقد وجد التساوى في المال . وإن شرطا الربح بينهما أثلاثا: فإن كان العمل عليهما: جاز، سواء كان^(٦) فضل الربح لمن كان رأس ماله أكثر أو أقل، لأنه يجوز أن يكون له زيادة حذاقة، فيكون الربح بزيادة العمل .

وإن شرطا العمل على أحدهما: فإن^(٧) شرطا العمل على الذي شرط^(٨)

(١) في ب: « من كل منهما لصاحبه » . وفي ا: « في التصرف منها والتوكيل » .

(٢) « هذه » ليست في ب .

(٣) « والصبي المأذون » ليست في ب . وانظر فيما بعد ص ١١٠ .

(٤) « العمل » ساقطة من ا .

(٥) في ا و ب: « شرطا » .

(٦) « كان » من ا و ب .

(٧) هكذا في ا و ب . وفي الأصل: « وإن » .

(٨) في ا: « شرطا » . وفي ب كذا: « على الذي فضل له الربح » .

له فضل الربح ، جاز ، لا^(١) نه عامل فى ماله ، وربحه له ، وعامل فى مال شريكه ، يعمض ربحه ، والربح يستحق^(٢) بالعمل . وإن^(٣) شرط العمل على أقلهما ربحا خاصة^(٤) : لا يجوز ، لا^(٥) نه شرط للآخر فضل ربح^(٦) بغير عمل ولا ضمان ، والربح لا يستحق إلا بمال أو عمل أو ضمان ، ولا نعى بقولنا العمل^(٧) وجوده بل نعى به شرط العمل^(٨) .

وإذا اشترك الرجلان بمال على أن يشتريا ويبيعا ، فما كان من الربح فهو بينهما ، ولم يخلط المال^(٩) ، فضاع مال أحدهما قبل الشراء ، فقد انتقضت^(١٠) الشركة ، لأن الشركة تعينت فى المالين ، فإذا هلك أحدهما قبل الشراء ، بطلت الشركة فيه ، وبطلت^(١١) فى المال الآخر ، لأن صاحبه لم يرض بمشاركة شريكه فيه إلا بشرط الشركة فى ماله ، وإذا^(١٢) بطلت الشركة فما يشتريه بماله يكون له خاصة .

(١) فى ب : « مستحق » . وفى ا : « والربح الذى مستحق » .

(٢) هكذا فى ب . وفى الأصل وا : « فإن » .

(٣) « خاصة » من ب . وفى ا : « خاصا » .

(٤) فى ب : « لأن هذا اشتراط لزيادة الربح » . وفى ا : « لأن هذا لشرط لزيادة الربح » .

(٥) فى ا : « بقولنا القول » . وفى ب : « بقولنا إلا بعمل » .

(٦) زاد فى ا : « للآخر » . وزاد فى ب كذا : « إلا » .

(٧) « المال » من ا .

(٨) التاء من ا وب .

(٩) فى ب : « فبطات » .

(١٠) هكذا فى ب . وفى الأصل وا : « فإذا » .

ولو اشترى بأحد المالين، ثم هلك المال الآخر^(١)؛ فما اشتراه^(٢) فهو بينهما، لأنه اشتراه مع بقاء الشركة، فلكا^(٣) المشتري^(٤)، فهلاك المال بعده^(٥) لا يغير حكم الملك.

ثم لكل واحد من شريكي العنان، بعدما اشترى برأس المال أعيانا، أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة، ويشتري بالنقد والنسيئة، وإنما أراد بالشراء بالنسيئة فيما^(٦) إذا كان في يده دراهم أو دنانير أو مكيل أو موزون، فاشترى بذلك الجنس شيئا^(٧)، لأن الشريك وكيل بالشراء، والوكيل بالشراء يملك الشراء بالنسيئة.

فإذا لم يكن في يده ما ذكرنا وصار مال الشركة كله أعيانا وأمتعة، فاشترى^(٨) بدراهم أو دنانير نسيئة، فالمشتري له خاصة، دون شريكه، لأنه لو صح في حق شريكه صار مستدينا على مال الشركة^(٩).

(١) في أ: «ثم هلك مال الأول».

(٢) في ب: «فما اشترى».

(٣) كذا في أ و ب. وفي الأصل: «فهلك».

(٤) في ب: «المشتري».

(٥) في ب و أ: «بعد ذلك».

(٦) الصفحة التي تبدأ بقوله «فما إذا كان» والتي تليها في النسخة المصورة الأصل وردا

في غير موضعها لاذ وردا على اعتبارهما ٢/٣٤٤ و ١/٣٤٥ والحقيقة أنهما ٢/٢٤٤ و ١/٢٤٥ كما وردت الصفحتان ٢/٢٤٤ و ١/٢٤٥ على أنهما ٢/٣٤٤ و ١/٣٤٥ وسننبه إلى ذلك في كتاب الحظر والإباحة.

(٧) «شيئا» من أ و ب.

(٨) كذا في أ و ب. وفي الأصل: «واشترى».

(٩) وهو لا يملك ذلك كما سيأتي في السطر التالي من المتن. وقد آثرنا البدء بالعبارة التالية

من أول السطر.

والشريك شركة عنان والمضارب لا يعملان الاستدانة إلا أن يؤذن لهما في ذلك .

وكذا لكل واحد منهما^(١) أن يبيع ، ويودع ، ويحتال بالثمن ، ويستأجر ، ويسافر بمال الشركة عند أبي حنيفة ومحمد في أصح الروايات .

وكذا يقبض ما باعه بنفسه ، ويخاصم فيه ، ولا يقبض ما باع صاحبه ، ولا يخاصم فيه ، إلا إذا^(٢) قال كل واحد منهما لصاحبه « اعمل فيه برأيك » فلها^(٣) أن يعمل في ذلك ما كان من التجارة وتوابعها ، من الرهن ، والارتهان ، ودفع المال مضاربة ، والسفر بالمال^(٤) في قولهم إلا القرض ، والهبة ، والكتابة ، والتزويج ، ونحو ذلك ، لأن هذا من باب التبرع و^(٥) ليس من جنس التجارة .

. . .

وأما شركة المفاوضة :

فشرط صحتها أن تكون في جميع التجارات ، ولا يختص أحدهما

(١) « منها » من أ .

(٢) « إذا » ليست في أ .

(٣) في أ و ب : « جاز » .

(٤) هكذا في أ . وفي ب : « وبالسفر في المال » . وفي الكاساني (٦ : ٧١ : ١٧) : « وهل

لأحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه ؟ ذكر الكرخي أنه ليس له ذلك ، والصحيح من قول أبي يوسف ومحمد أن له ذلك » .

(٥) « و » من أ .

بتجارة دون شريكه ، وأن يكون مايلزم أحدهما من حقوق ما يتجران فيه لازما للآخر ، وما يجب لكل واحد منهما يجب للآخر .

ويكون كل واحد منهما ، فيما وجب لصاحبه ، بمنزلة الوكيل ، وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه ، ويتساويان مع ذلك في رءوس الأموال : في قدرها وقيمتها . ويتساويان في الربح ، فإن تفاوتتا في شيء من ذلك لم تكن مفاوضة وكانت عانا - فصارت المفاوضة مشتملة على الوكالة والكفالة والتساوى في الربح والمال الذي يقع به الشركة ، ولهذا لا تجوز إلا بين المسلمين الحرين البالغين العاقلين ^(١) لتساويهما ^(٢) في أهلية الكفالة وأهلية سائر التصرفات ، بخلاف العبد والصبي والمكاتب والذمي والمجنون ^(٣) .

ثم كل ما يجوز لشريك العنان أن يفعله ، يجوز ^(٤) للمفاوض أن يفعله أيضا ، لأن شركة المفاوضة أعم .

ثم كل ما هو شرط في صحة شركة ^(٥) العنان ، فهو شرط في صحة المفاوضة . وكل ما فسدت به شركة العنان ^(٦) فهو مفسد لشركة المفاوضة .

(١) « العاقلين » من أ .

(٢) كذا في أ و ب . وفي الأصل : « لتساويهم » .

(٣) « والمجنون » من أ . راجع فيما تقدم ص ٧ .

(٤) في أ و ب : « فيجوز » .

(٥) « شركة » ليست في أ .

(٦) « العنان » ساقطة من أ .

ويجوز للمفاوض أيضا مالا^(١) يجوز للشريك^(٢) شركة عنان، فما^(٣) يختص به المفاوض أن^(٤) يجوز إقراره بالدين على نفسه وعلى شريكه، <و> يطالب المقر له أيهما شاء ليكون^(٥) كل واحد منهما كفيلًا عن صاحبه. وكذلك كل^(٦) ماوجب على كل واحد منهما من دين سائر العقود التي تكون في التجارة، من الشراء والبيع والاستئجار وغير ذلك من سائر ما يضمنه أحدهما من الأموال: بالنصوب^(٧)، والبيع الفاسدة، والخلاف في الودائع والمواري، والاستهلاكات، والإيجارات، والرهن والارتهان والكفالة بالمال عند أبي حنيفة خلافا لهما، والقبض، والخصومة، وإقامة البيعة، والاستحلاف على العلم، والكتابة، والإذن في التجارة لعبد الشركة، وتزويج الأئمة، ونحو ذلك.

ولا يجوز أن يعتق شيئا من عبيد التجارة، ولا أن يزوجهم.

وإذا اشترى أحدهما طعاما لأهله أو كسوة أو مالا يهتم فيه^(٨)

(١) « لا » ساقطة من ألفيها: « ما يجوز » .

(٢) في ب: « لشريك » .

(٣) كذا في ب . وفي أ: « فيما » . وفي الأصل: « فا » .

(٤) في أ: « بأن » .

(٥) في أ و ب: « لكون » .

(٦) « كل » من أ .

(٧) في ب: « والنصوب » .

(٨) في أ: « أو مالا يهتم فيه الشركة » . وفي ب كلمة تتم غير واضحة وكلمة « الشركة » غير

موجودة بحيث قد تقرأ: « مالا يهتم فيه » . وفي الكاساني (٦ : ٧٤ : ١٦) : « وما اشتراه أحدهما من طعام لأهله أو كسوة، أو مالا بد له منه . فذلك جائز . وهو له خاصة دون صاحبه . والقياس أن يكون المشتري مشتركا بينهما لأن هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر =

فذلك جائز ، وهو له خاصة دون صاحبه ، وللبائع أن يطالب بضمن ذلك أبيهما شاء ، إلا أنهم قالوا إن الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك ، لأنه قضى دينه ، من ماله ، بإذنه ، دلالة .

وأيضاً له أن يشتري جارية للوطء أو للخدمة بغير إذن الشريك ، وإذا اشتري أحدهما ^(١) جارية ليوطأها بإذن شريكه ، فهي له خاصة ، ولا يرجع عليه بشيء من الثمن ^(٢) - ولم يذكر الخلاف في كتاب الشركة ، وذكر في الجامع الصغير فقال : عند أبي حنيفة لا يرجع عليه بشيء من الثمن . وعندهما : يرجع عليه بنصيبه على ما عرف ثم .

وأما الشركة بالوجوه

<ف> أن يشترك الرجلان ولا مال لهما على أن يشتريا ويبيعا ^(٣) بوجوههما ، على أن ما اشتريا أو اشتري أحدهما ، فهو بينهما نصفان . و ^(٤) سميت « شركة الوجوه » لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من له وجه عند الناس .

= الأعيان لكنهم استحسنوا أن يكون له خاصة للضرورة لأن ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى من المفاوضة فاخص به المشتري ، لكن للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء وإن وقع الاشتراك إلا أنهم قالوا إن الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لأنه قضى ديناً عليه من ماله لا على وجه التبرع لأنه التزم ذلك فيرجع عليه .

(١) « أحدهما » ليست في ب .

(٢) « من الثمن » ليست في ب .

(٣) « ويبيعا » ساقطة من أ . وفي ب : « على أن يشتريا » فسقطت منها كلمة « ويبيعا » .

(٤) « و » من أ . انظر الهامش التالي .

وهى عقد جائز عندنا ، خلافا للشافعى ، لتعامل الناس فى الأُعصار ، من غير نكير .

ثم كيفما شرطا وقوع الملك فى المشتري بينهما ^(١) ، إما نصفان أو كان لأحدهما أكثر ، فهو جائز ، ويقع الملك بينهما كذلك ، ويكون الربح على قدر ملكهما ، و ^(٢) لا يجوز أن يفضل أحدهما على ربح حصته شيئا ^(٣) ، لأن الربح يستحق فى هذه الشركة بالضمان ، لا بالمال والعمل ، والضمان على قدر الحصة ، فيكون الربح كذلك ، إذ لو شرط ^(٤) زيادة الربح < فإنه > يشترط من غير ^(٥) عمل ومال وضمان ، وهذا لا يجوز . ثم هما فى جميع ما يجب لهما وما يجب ^(٦) عليهما وما يجوز فيه فضل ^(٧) أحدهما على شريكه وما لا يجوز ، بمنزلة شريكى العنان ، لأنهما أطلقا الشركة ، والشركة المطلقة تقتضى العنان ، فإذا اشتركا بوجوههما شركة مفاوضة فذلك جائز ، لأنهما ضمنا إلى الوكالة المطلقة الكفالة ^(٨) ، وذلك جائز إلا أنه لا بد من التساوى فيما يتبايعانه ^(٩) ، لأن المفاوضة تمنع من التفاضل ^(١٠) .

(١) « نصفان وسميت شركة الوجوه لأنه ... المشتري بينهما » ساقطة من ب .

(٢) الواو من ا و ب .

(٣) فى ا : « على الربح شيئا » .

(٤) فى ا و ب : « ولو جاز شرط »

(٥) « غير » ساقطة من ا .

(٦) هكذا فى ا و ب . وفى الأصل : « وما وجب » .

(٧) « فضل » من ا . وفى الأصل : « بعمل » . وفى ب : « فعل » .

(٨) فى ا : « والكفالة » .

(٩) كذا فى ا و ب . وفى الأصل : « يتبايعونه » .

(١٠) زاد فى ب هنا : « والله أعلم » .

وأما الشركة بالاعمال

فهي ^(١) تسمى « شركة الصنائع » ، وتسمى « شركة الابدان » ، لأن العمل بالبدن يكون ، وهو أن يشترك اثنان في عمل القسارة والصباغة ، على أن يتقبلا الاعمال ويعملا ، فما أخذامن الأجر فهو بينهما . وهذه الشركة جائزة عندنا ، خلافا للشافعى ، وهى مما جرى به التعامل فى جميع الأعصار .

ثم هى قد تكون مفاوضة ، وقد تكون عنانا .

فالمفاوضة ما ذكرنا فيه لفظة المفاوضة أو ذكرنا ما هو فى معنى المفاوضة ، بأن اشترط الصانعان على أن يتقبلا جميعا الاعمال ^(٢) وأن يضمنا جميعا العمل على التساوى ، وأن يتساويا فى الربح والوضيعة ، وأن يكون كل واحد منهما ^(٣) كفيلا عن صاحبه فيما لحقه بسبب هذه الشركة ، فهى مفاوضة .

وإن شرطنا على أن ماقبلا من الاعمال وضمنا العمل ^(٤) فعلى أحدهما الثلثان من العمل ، وعلى الآخر الثلث ، والأجر ^(٥) والوضيعة بينهما على قدر ذلك ، فهذا شركة عنان ^(٦) لوجود معنى شركة العنان ^(٧) .

(١) فى ب : « وهى » . وفى ا : « وأما شركة الأعمال وهى » .

(٢) فى ا : « يتقبلا جميع الاعمال » . وفى ب : « يتقبلا الاعمال جميعا » . انظر فيما يلى ص ١٦

(٣) « منهما » من ا و ب .

(٤) هكذا فى ا . وفى الاصل و ب : « وضمنا العمل لأصحابهم » .

(٥) « والأجر » من ا و ب .

(٦) « عنان » ساقطة من ا .

(٧) « العنان » ساقطة من ا .

وكذا إذا ذكر اللفظة العنان^(١).

وكذا لو أطلقا فهي شركة عنان أيضا، استحسانا، لأنهما جميعا قبلا الأعمال وضمنا^(٢) تسليم ذلك، إلى صاحبه، فيكون ذلك جاريًا مجرى المفاوضة في أن العمل عليهما، ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل^(٣) أيهما شاء، ولكل واحد منهما أن يطالب بأجرة العمل، وإلى أيهما دفع صاحب العمل يرى، وعلى أيهما وجب^(٤) ضمان العمل: <ف> كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر^(٥)، ولكن لا تكون مفاوضة حقيقة ما لم تذكر لفظة المفاوضة أو يوجد معناها وهو ما ذكرنا^(٦)، حتى قالوا في الدين إذا أقر به أحدهما، من ثمن صابون أو أشنان^(٧) أو أجر أجير أو حانوت قد مضى - فإنه لا يصدق على صاحبه إلا بإقراره أو بيئته قامت عليه^(٨)، ويستوى أن تكون الشركة في نوع عمل، <ف> يعملان^(٩)

(١) « وكذا ... العنان » من ا و ب .

(٢) في ب : « فضمنا » .

(٣) « بالعمل » ليست في ب .

(٤) في ا كذا : « وجب معناها ضمان » .

(٥) في ا كذا : « يطالب الأجرة » .

(٦) في ا : « ما لم يذكر اللفظة المفاوضة أو يوكل وهو ما ذكرنا » .

(٧) « صابون أو أشنان » من ا و ب . والأشنان ما تنسل به الأيدي (اللسان) .

(٨) العبارة في الكسائي (٦ : ٧٦ - ١١ : ١٣) : « حتى قالوا في الدين ، إذا أقر

أحدهما بثمن صابون أو أشنان أو غيرها ، إنه لا يصدق على صاحبه إذا كان البيع مستهلكا إلا بإقراره أو بالبيئته . كذا إذا أقر أحدهما بأجر أجير أو حانوت بمد مضى هذه الإجارة . وإن

كان المبيع لم يستهلك ومدة الإجارة لم تمض لزمها جميعا بإقراره » .

(٩) في ب : « عمل أن يعمل » . وفي ا : « عمل يعملان في ذلك » .

ذلك أو يعمل أحدهما عملاً والآخر غير ذلك ، أو لم يعمل^(١) بعد أن ضمنا جميعا العاملين جميعا^(٢) ، لأن الإنسان قد يعمل بنفسه وأجيره .

فإن عمل أحدهما دون الآخر ، والشركة عنان أو مفاوضة ، فالأجر بينهما إن^(٣) شرط العمل عليهما والتزما ذلك ، فيكون أحدهما مُعِيناً للآخر ، كالقصار إذا استعان برجل في القصارة^(٤) .

وكذلك إذا شرطاً^(٥) لأحدهما زيادة أجر ، أو شرطاً^(٦) العمل على قدر الأجر ، والوضيعة كذلك : فهو جائز ، وإن كان عمل الذي شرط^(٧) له الأجر القليل أكثر ، لأن الربح بقدر ضمان العمل ، لا بحقيقة العمل .

وإن شرطاً الوضيعة نصفين ، لا يصح ، ويبطل ، وتكون الوضيعة على مباشر من ضمان العمل والأجر كذلك^(٨) .

ولو جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعا ، لأن ذلك بناء على ضمان العمل ، وقد ضمنا جميعا^(٩) .

(١) في أ : « أو لم يعمل » .

(٢) « العاملين » ليست في ب . و « جميعا » الثانية ليست في أ و ب .

(٣) في أ : « كما » .

(٤) فإن القصار يستحق الأجر ، وإن لم يعمل ، لوجود ضمان العمل منه ، لأن الأجر في

هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل ، لا بالعمل - كما سيأتي بعد قليل (انظر الكاساني ، ٦ : ٧٦ : ٢٥)

(٥) في أ و ب : « شرط » .

(٦) في ب : « وشرطاً » . وفي أ : « واشترط » .

(٧) في أ : « العمل الذي يشرط » .

(٨) الوضيعة لا تكون بينهما إلا على قدر الضمان (راجع في ذلك الكاساني ، ٦ : ٧٧ : ٥)

(٩) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب

الشركة الفاسدة

وهي أنواع ^(١):

منها - الاشتراك في جميع المباحات التي تملك بالآخذ ، مثل الاصطياد ، والاحتطاب ، والاحتشاش ، والاستقاء ، واجتاء الثمار ، وحفر ^(٢) المعادن . فإن اشتركا ^(٣) على أن ما أصابا من ذلك فهو بينهما ، فالشركة فاسدة ، ولكل واحد منهما ما أخذه ، لأن الشركة تقتضي الوكالة ، والوكالة في ^(٤) الاصطياد ونحوه لا تصح . وإذا فسدت ، فلا يأخذ سبب الملك ، فيكون ما سكا له ، ثم ينظر : إن أخذا جميعا معا : فهو بينهما ، لاستوائهما في سبب الملك . وإن أخذ كل واحد منهما شيئا بانفراده وخطاه ، وباعاه : فإن كان مما ^(٥) يكال و ^(٦) يوزن : يقسم الثمن على قدر الكيل والوزن الذي لكل واحد منهما ، وإن كان مما لا يكال ولا ^(٧) يوزن ، يقسم

(١) في أ : « قال رحمه الله : أنواع » .

(٢) هكذا في أ و ب . وفي الأصل : « وحفرة » .

(٣) في أ و ب : « فإن اشترطا » .

(٤) في أ و ب : « على » .

(٥) كذا في أ و ب . وفي الأصل : « ما » .

(٦) في أ : « ولا » . وفي ب : « أو » .

(٧) « لا » من ب .

التمن^(١) بينهما، بالقيمة، فيأخذ كل واحد منهما بقيمة^(٢) الذي له ، وإن لم يعرف الكيل والوزن والقيمة ، يصدق كل^(٣) واحد منهما ، فيما يدعى ، إلى النصف ، وإن ادعى أكثر من النصف فعليه البيئة .

وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله ، فله أجر المثل ، بالغاً ما بلغ عند محمد . وعند أبي يوسف : له أجر مثله ، لا يجاوز به نصف المسمى أو قيمته ، أي^(٤) نصف ذلك الشيء الذي أعانه فيه أو قيمته ، كمن قال لآخر : « بع هذا الثوب على أن نصف ثمنه لك » : فإنه يجب أجر المثل مقدراً بنصف ذلك الثمن .

ومنها - أن يكون^(٥) لأحدهما بغل ، وللآخر حمار ، فاشتركا^(٦) على أن يؤجرا ذلك ، فما رزق الله من شيء فينبها ، فأجراهما جميعاً ، بأجر معلوم ، في عمل معلوم ، وحمل معلوم : فإن هذه الشركة فاسدة ، لأن الوكالة على هذا الوجه لا تصح بأن^(٧) قال لآخر : « أجر بعيرك على أن أجره بيننا » : فإنه فاسد^(٨) - فكذا الشركة .

وإذا فسدت الشركة ، فالإجارة صحيحة ، لوقوعها على منافع

(١) « على قدر الكيل والوزن ... يقسم الثمن » يساقطة من أ .

(٢) في أ و ب : « بينهما يضرب كل واحد منهما بقيمة » .

(٣) كذا في أ و ب وفي الأصل : « لكل » .

(٤) في أ : « إلى » .

(٥) في أ : « فإن اشتركا ويكون » بدل « ومنها أن يكون » .

(٦) في أ : « واشترطا » .

(٧) في أ : « كمن » .

(٨) « فإنه فاسد » من أ .

معلومة ، بيدل معلوم ، فيقسمان ما أخذنا من الأجر : على قدر أجر مثل البغل والحمار^(١).

• • •

ومنها - أنه^(٢) لو دفع إلى رجل دابة، ليؤاجرها على أن الأجر بينهما ، كان ذلك فاسداً ، والأجر لصاحب الدابة ؛ وكذلك السفينة والدار ، لأنه عقد على ملك الغير بإذنه ، ويجب أجر المثل ، لأنه استوفى منفعة^(٣) ، بعقد فاسد .

• • •

ونوع آخر - رجل اشترى شيئاً ، فقال له الآخر : « اشركني فيه » - فهذا بمنزلة البيع والشراء ، بمثل ما اشترى ، في النصف ، والتولية أن يجعل كله له بمثل ما اشترى ، على ما مر في كتاب البيوع^(٤) ؛ فإن كان قبل أن يقبض الأول : لم يجز ، لأنه يبيع المبيع المنقول قبل القبض ، وإن كان بعده : جاز ، ويلزمه نصف الثمن ؛ فإن كان لا يعلم بمقدار الثمن ، فهو بالخيار إذا علم : إن شاء أخذ ، وإن شاء ترك .

ولو اشترى رجلان عبداً ، فأشركا فيه رجلاً بعد القبض : فالقياس أن يكون للشرىك النصف ، لأن كل واحد منهما لو أشركه في نصيبه^(٥) ، على

(١) في ب : « فيقسمان ما أخذنا من الأجر على مثل أجر البغل والحمار » .

(٢) « أنه » من ا و ب .

(٣) في ا : « منفعة » .

(٤) راجع ص ١٥٤ - ١٥٥ و ص ١٦١ - ١٦٢ من الجزء الثاني .

(٥) في ا : « في نصيبه » .

الانفراد، استحق نصفه^(١)، فكذا إذا أشركاه جميعاً معاً^(٢)، وفي الاستحسان: يكون له الثلث، لأن الشراكة تقتضي المساواة، فإذا قالوا له «أشركناك فيه» فكأنهما^(٣) قالوا «شاركناك»^(٤).

فإن أشركه أحدهما في نصيبه ونصيب صاحبه، فأجاز شريكه ذلك، كان للداخل النصف والآخر أولين النصف، لأنه لما أجاز شريكه في نصيبه^(٥) صار نصف نصيبه له، وقد^(٦) أشركه في نصيب نفسه هذا^(٧)، فيكون للثاني^(٨) النصف، وبقي لكل واحد منهما^(٩) الربع^(١٠).

(١) في ا و ب : « نصف نصيبه » .

(٢) « جميعاً معاً » من ا . وفي ب : « أشركاه معاً » .

(٣) في ا : « فإذا قالوا : قد أشركناك - فأنما » .

(٤) في ا و ب : « ساويناك » .

(٥) « ونصيب صاحبه فأجاز ... شريكه في نصيبه » ساقطة من ب .

(٦) في ا : « ولو » .

(٧) « هذا » ليست في ا و ب . وهنا تكرار في ب .

(٨) في ا : « له » .

(٩) « منها » من ا و ب .

(١٠) زاد في ا و ب : « والله أعلم بالصواب » .

كتاب

المضاربة^(١)

يحتاج^(٢) إلى معرفة^(٣): تفسير المضاربة، والألفاظ^(٤) التي بها تنعقد المضاربة، وإلى بيان^(٥) شروط صحتها والشروط المفسدة، وإلى بيان أحكامها.

وأما تفسير المضاربة

فهو دفع المال إلى غيره، ليتصرف فيه، ويكون الربح بينهما على ما شرطنا: فيكون الربح لرب المال بسبب ماله لا لثمنه ماله، وللمضارب باعتبار عمله الذي هو سبب وجود الربح.

وأما ألفاظ المضاربة

<ف> أن يقول: «دفعت هذا المال إليك مضاربة، أو مقارضة»^(٦)، أو «معاملة»، أو: «خذ هذا المال واعمل فيه على أن ما رزق الله من شيء، فهو بيننا نصفان أو على أن لك رבעه أو خمسه أو عشره» ولم يزد على هذا - فهو مضاربة^(٧).

(١) النقص مستمر في < (المخطوط رقم ٧٤٢) - راجع الهامش ١ ص ٣. وانظر فيما بعد الهامش ٢ ص ٢٨.

(٢) في ١: «قال رحمه الله: يحتاج».

(٣) «معرفة» من ١.

(٤) «والألفاظ» من ١ و ٢.

(٥) «بيان» من ١ و ٢.

(٦) هكذا في ب والكاساني (٦: ٧٩: ٢ من أسفل - ٨٠). وفي الأصل و ١: «أو مقارضة».

(٧) في ١: «مضارب».

ثم هي نوعان : مطلقة وخاصة .

أما المطلقة - <ف> أن يدفع المال إلى رجل ويقول^(١) «دفعت هذا المال إليك مضاربة ، على أن الربح بيننا نصفان» .

وأما الخاصة - <ف> أن يدفع إليه ألف درهم مضاربة على أن^(٢) يعمل بها في الكوفة^(٣) أو أن يعمل بها في البر أو البحر^(٤) ، أو قال : «خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشتري به الطعام» - ونحو ذلك .

وأما شرائط صحتها

فنها - أن يكون رأس المال من الأثمان المطلقة ، فكل^(٥) ما يصلح رأس مال الشركة ويصح به عقد الشركة ، تصح به المضاربة^(٦) ، وإلا فلا ، وقد ذكرنا هذا في كتاب الشركة^(٧) .

وأما المضاربة برأس مال الدين فهو على وجهين :

أحدهما : أن يكون الدين لرب المال على رجل فيقول له^(٨) : «اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف» - فإن اشترى بها وباع ، فجميع ما اشترى وباع يملكه ، وله ربحه وعليه ضيعته ، والدين^(٩) في ذمته بحاله

(١) في الأصل واو ب : «وقال» .

(٢) «الربح بيننا وأما الخاصة أن يدفع إليه ألف درهم مضاربة على أن» ساقطة من أ .

(٣) في أ : «يعمل فيه بالكوفة» .

(٤) في أ : «يعمل فيها في البر أو البحر» .

(٥) هكذا في أ وب . وفي الأصل : «وكل» .

(٦) في ب كذا : «فكل ما يصح رأس ويصح به عقد الشركة يصح به عقد المضاربة» .

(٧) «وقد ذكرنا ... الشركة» من أ . وفي ب : «وقد ذكرنا في الشركة» . راجع فيما تقدم ص ٥ .

(٨) «له» من أ وب .

(٩) في أ : «والذي» .

عند أبي حنيفة ، بناء على أصله ، فيمن وكل رجلا ليشتري بالدين الذي في ذمته : لم يجوز . وعلى أصلهما : يجوز هذا التوكيل ويبرأ^(١) من الدين ، فيكون ما اشترى وباع لرب المال : له ربحه^(٢) وعليه وضيعته ، والمضاربة فاسدة ، لأن الشراء وقع للموكل^(٣) ، فيكون مضاربة بالعروض .

وأما إذا قال له^(٤) : « اقبض مالى على فلان من الدين واعمل به مضاربة » : < فقد جاز ، لأنه أضاف المضاربة إلى المقبوض الذى هو أمانة في يده .

ومن شرط صحتها - أن يكون الربح جزءا مشاعا من^(٥) الجملة .
أما إذا عين بأن قال : « على أن لك من الربح مائة درهم أو نحوها » - < فلا يصح . لاحتمال أن الربح لا يكون إلا هذا القدر ، فلا يحصل الربح لرب المال .

وكذا الوصى - لو دفع مال الصبي مضاربة ، وشرط عمل الصغير : فالمضاربة فاسدة ، لبقاء يد المالك على المال^(٦) .

ومنها - انقطاع يد رب المال^(٧) عن رأس المال : شرط صحتها - حتى

(١) هكذا في ١ . وفي الأصل و ب : « وبرى » .

(٢) في ب : « وله ربحه » . وفي ا : « وربحه له » .

(٣) في ا : « للوكيل »

(٤) « له » من ا و ب .

(٥) في ا : « في » .

(٦) « على المال » من ا . ورى أن هذين السطرين ينبغي أن يكونا بعد السطور الثلاثة

التالية - انظر مايلي في المتن .

(٧) في ا : « يد المالك » .

قالوا في المضارب إذا دفع المال^(١) إلى رب المال مضاربة بالثلث، فالمضاربة الثمانية فاسدة^(٢).

ومنها - إعلام قدر الربح، لأن الربح هو المقصود^(٣)، فجهاله توجب فساد العقد.

فكل^(٤) شرط يؤدي إلى جهالة الربح: يفسد المضاربة. وإن كان لا يؤدي إلى جهالة الربح^(٥): يبطل الشرط^(٦)، ويصح العقد. مثل أن يشترط أن تكون الوضعية، على المضارب^(٧) أو عليهما: فالشرط يبطل، ويبقى العقد صحيحا، والوضعية في مال المضاربة وكذالو دفع ألفا مضاربة، على أن الربح بينهما نصفان^(٨) على أن يدفع إليه رب المال أرضه ليزرعها سنة، أو على أن يسكنه داره سنة^(٩): فالشرط باطل، والمضاربة جائزة.

وأما الاضطام - فنقول:

المضاربة تشتمل على أحكام مختلفة:

إذا دفع المال إلى المضارب: فهو أمانة في يده^(١٠)، في حكم الوديعة،

(١) «المال» من أ.

(٢) راجع فيما تقدم السطرين ١١ و ١٢ والمأتمن ٦ ص ٢٤.

(٣) في أ: «هو المقود عليه» وفي ب: «المقود».

(٤) في أ: «وكل».

(٥) «يفسد المضاربة... الربح» من أ و ب.

(٦) هكذا في أ و ب. وفي الأصل: «الشركة».

(٧) في أ: «المضاربة».

(٨) في أ و ب: «أو». وفي الكاساني (١٩: ٨٦: ٦): «على».

(٩) «سنة» ليست في أ.

(١٠) «في يده» من أ.

لأنه قبضه بأمر المالك لا على^(١) طريق البدل والوثيقة .

فإذا اشترى به فهو وكالة ، لأنه تصرف في مال الغير بإذنه .

فإذا ربح : صار شركة لأنه ملك جزءا من المال بشرط العمل ،
والباقي ثمن مال المالك ، فهو له ، فكان مشتركا بينهما .

فإذا فسدت المضاربة ، بوجه من الوجوه : صارت^(٢) إجارة ، لأن
الواجب فيها أجر المثل ، وذلك يجب في الإجازات .

فإن خالف المضارب : صار غاصبا ، والمال مضمون عليه ، لأنه تعدى
في ملك^(٣) غيره .

ثم من حكم المضاربة المطلقة^(٤) العامة أن يتصرف المضارب في^(٥) مال
المضاربة ما بدا له من أنواع التجارات . وله أن يدفع بضاعة^(٦) و^(٧) ودفعة ،
ويستأجر الأجير^(٨) و^(٩) الدواب والبيوت ، وأن يبيعه^(١٠) بالنقد والنسيئة ،

(١) « على » ساقطة من أ .

(٢) البناء من أ و ب .

(٣) في أ : « في مال » .

(٤) « المطلقة » ليست في أ . وفي الكاساني (١٨ : ٨٧ : ٦) : « المضاربة نوعان : مطلقة ،
ومقيدة . فالمطلقة أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن
يأمله . والمقيدة أن يبين شيئا من ذلك » وراجع ص ٢٣ .
(٥) هكذا في أ و ب . وفي الأصل : « من » .

(٦) الإيضاح استعمال شخص في المال بنبر عوض (الكاساني ٦ : ٨٧ : السطر الأسفل)
أي أن يدفع المال لشخص ليتجر به لصاحب المال ويكون كل الربح لصاحب المال فيكون المستبضع
وكيلا . تبرعا (انظر الزيلعي ، ٥ : ٥٣) .

(٧) وأو المطف ليست في أ و ب .

(٨) في أ و ب : « الأجراء » .

(٩) هكذا في أ و ب . وفي الأصل : « أو » .

(١٠) في ب : « وله أن يبيعه » . وفي ب : « وأن يبيع » .

ويوكل وكيلا فى الشراء والبيع . وله أن يرهن ويرهن^(١) فى المضاربة .
وله أن يسافر بالمال فى الطريق الذى يسافر فيه التجار .

وليس له أن يقرض وأن يستدين^(٢) على المضاربة ، وأن يأخذ سُفْتَجَة^(٣) .
حتى يأمره بذلك . وليس له أن يدفع المال إلى غيره مضاربة ، وأن يشارك
به^(٤) ، وأن يخلطه^(٥) ، بماله ولا مال غيره - فى قولهم جميعا^(٦) .
وفى الرواية المشهورة : له أن يأذن لعبد المضاربة فى التجارة^(٧) .
لأنه عادة التجار^(٨) .

. . .

وأما المضاربة الخاصة - < فى > ، فيما ذكرنا من الأحكام ، مثل
المضاربة العامة ، وإنما تفارقها فى قدر الخصوص ، وهو أن يتقيد^(٩) بالمصر

(١) « ويرهن » من ا و ب .

(٢) فى ا : « ولا أن يستدين » .

(٣) قال صاحب العناية (٦ : ٣٥٥) : « السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء :
فارسي معرب - أصله سفته : يقال للشيء المحكم - وسى هذا القرض به لإحكام أمره . وصورتها أن
يدفع لى تاجر مالا قرضا ليدفعه إلى صديقه . وقيل : هو أن يقرض لسانا مالا ليقضيه المستقرض
فى بلد يريده المقرض وإنما يدفعه على سبيل القرض لاعلى سبيل الأمانة لىستفيد به سقوط خطر
الطريق ، وهو نوع نفع استفيد بالقرض . وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر
نفعما . وقيل : هذا إذا كانت المنفعة مشروطة ، وأما إذا لم تكن فلا بأس بذلك » .

(٤) هكذا فى ا و ب . وفى الأصل : « يشاركه » .

(٥) الهاء من ا و ب .

(٦) « جميعا » من ا و ب .

(٧) فى ا : « لعبده فى التجارة » . وفى الكاسانى (٦ : ٨٨ : السطر الأسفل) : « وله

أن يأذن لعبده المضاربة بالتجارة فى ظاهر الرواية » .

(٨) فى ب : « التجارة » .

(٩) فى ا و ب : « تقيد » .

الذى قيدها^(١) ، بأن دفع المال مضاربة ليعمل بها فى الكوفة ، فليس له أن يخرج المال من الكوفة بنفسه ، ولا يعطيها أيضا بضاعة لمن يخرج بها عن الكوفة ، فإن أخرجها من الكوفة ضمن ، فإن اشترى بها وباع فما اشترى فهو لنفسه وإن لم يشتر بها شيئا حتى يردده إلى الكوفة برى من الضمان ورجع المال^(٢) مضاربة على حالها ، كالمودع إذ خالف فى الوديعة ثم عاد إلى الوفاق . ولو دفع إليه على أن يعمل فى سوق الكوفة فعمل بالكوفة فى غير سوقها ، فهو جائز على المضاربة ، استحسانا - لأنه لا^(٣) يفيد غالبا .

ولو قال له : « لا تعمل إلا »^(٤) فى سوق الكوفة - فعمل فى غير السوق^(٥) ، فباع واشترى ، فهو ضامن ، لأن هذا حجر ، والأول تخصيص ، وإنما يصح التخصيص إذا كان مفيدا ، والحجر عن التصرف فى ملك نفسه جائز ، ولا يصح التصرف بدون إذنه^(٦) .

ثم فى المضاربة المطلقة إذا نهى رب المال أن يخرج المال من المصر الذى اشتراه منه^(٧) وعلم بالنهى ، فليس له أن يخرج به ، وحاصل هذا أن

(١) كلمة « المصر » يجوز فيها التذكير والتأنيث (المصباح) . وفى ١ : « به »

(٢) انتهى النقص الموجود فى ٢ - والذى أشرنا إليه من قبل قبيل كتاب الإجارة وفى أول كتاب الإجارة والشركة والمضاربة (راجع الهامش ٧ ص ٥١٠ و ١ ص ٥١٤ : ٢ . وفى هذا الجزء الهامش ١ ص ٣ والهامش ١ ص ٢٢) .

(٣) « لا » من ١ و ٢ و ٣ . وكذا فى الكاسانى (٢ : ٩٩ : ٦) .

(٤) « إلا » ليست فى ٢ .

(٥) فى ٢ : « فى غير سوق الكوفة » .

(٦) فى ١ و ٢ و ٣ : « فلا يصح بدون إذنه » .

(٧) فى ١ و ٢ و ٣ : « فيه » .

فى المضاربة المطلقة إن خصصها رب المال بعد العقد :

فإن كان رأس المال بحاله أو^(١) اشترى به متاعاً ثم باعه وقبض منه دراهم و^(٢) دنانير : فإن تخصيصه جائز^(٣) ، كما لو خصص المضاربة فى الابتداء ، لأنه يملك التخصيص إذا كان فيه فائدة .

أما إذا كان مال المضاربة عروضاً : فليس يصح سوى رب المال حتى يصير نقداً ، وذلك نحو أن يقول : « لا تبع بالنسيئة » ، لأن المضاربة تمت^(٤) بالشراء ، ولو أراد العزل عن البيع ، لم يصح عزله ، فكذلك عن صفته .
ومنها - أن المضارب ليس له أن ينفق من مال المضاربة ما دام فى مصره .
وإذا سافر أنفق من مال المضاربة لنفقه ، وكسوته ، ومركوبه ، وعلف دوابه ، ونفقة أجيره ، ومؤنثه ، وما لا بد فى السفر منه^(٥) عادة ، إلا مؤونة الحجامة والحضاب والثورة^(٦) : فهو من ماله .

وروى الحسن أن كل ما يثبت فيه^(٧) نفقة الإِنسان ، كان فيه الدواء والحجامة ، فى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف . وكذلك الدهن^(٨) .
وقال محمد : الدهن^(٩) فى ماله .

(١) هكذا فى ا و ح . وفى ب : « و » . وفى الأصل : « لو » .

(٢) فى ا و ح : « أو » .

(٣) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « جاز » .

(٤) فى ا و ح : « ثبت » .

(٥) « منه » من ب .

(٦) الثورة حجر الكلس ثم غلبت على أخلاط تضاف إلى الكلس من زرينخ وغيره وتستعمل لإزالة الشعر (المصباح) .

(٧) فى ا و ح : « كل مال ثبت فيه » .

(٨) فى ا و ب و ح : « الرهن » . انظر الهامش التالى .

(٩) فى ب : « الرهن » . وفى ا : « نفقة الرهن » . راجع الهامش السابق .

ولو أقام في مصر من الأثمار . للبيع والشراء ، ونوى الإقامة خمسة عشر يوما - فنفقته من مال المضاربة^(١) ، ما لم يتخذ من المصر^(٢) دارا للتوطن .

ثم إذا دخل مصره فما فضل من نفقته وكسوته يرده إلى مال المضاربة . ثم < مقدار > النفقه التي أنفق يحاسب كله من الربح إن كان ربح^(٣) ، وإن لم يكن^(٤) فهو من رأس المال .

وما أنفق ، من ماله ، فيما له أن ينفقه من مال المضاربة ، على نفسه^(٥) : فهو دين في^(٦) المضاربة ، كالوصى إذا أنفق ، على الصغير ، من مال نفسه ، لأن تدبير ذلك مفوض إليه^(٧) .

. . .

ومنها - أن قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح ، حتى إنهما لو اقتسما الربح ، ورأس المال في يد المضارب ، فهلك : فما أخذ رب المال من الربح يكون محسوبا من رأس المال ، ويرجع على المضارب فيما قبضه حتى يتم^(٨) رأس المال ، فإن فضل فهو ربح بينهما^(٩) .

(١) « للبيع والشراء ٠٠٠ مال المضاربة » ساقطة من ا و ح . وفي الأصل : « إقامة » .

(٢) في ا و ب و ح : « في المصر » .

(٣) هكذا في ب . وفي الأصل وا و ح : « إن كان له ربح » .

(٤) في ا و ب : « وإن لم يكن في المال ربح » . وفي ح : « وإن لم يكن له في المال ربح » .

(٥) « على نفسه » ليست في ا و ح .

(٦) في ا و ح : « على » .

(٧) « إليه » ليست في ا و ح .

(٨) في ب : « حتى يستوفى » . وانظر الهامش ٤ ص ٣١ .

(٩) في ا و ح : « فإن فضل من الربح شيء فهو بينهما » . وانظر الهامش ٤ ص ٣١ .

ولو هلك رأس المال في يد المضارب، قبل أن يشتري به شيئا، يهلك أمانته، وتنفسخ^(١) المضاربة، لأن المال يتعين في المضاربة. والقول في المضاربة الصحيحة قول المضارب، وفي الفاسدة قول رب المال^(٢).

فأما إذا اشترى بالمال رقيقا، فهلك الرقيق، فهو على المضاربة^(٣). ولو كان رأس المال ألفا، فاشترى به شيئا، فهلك الألف، قبل التسليم - فإنه يرجع^(٤) هو بالألف على رب المال ثانيا وثالثا ورابعا، وذلك كله^(٥) رأس المال، لأن المضاربة قد تمت.

ولو مات المضارب، بفسخ عقد المضاربة، أعجزه عن العمل به^(٦)، فصار كما لو عزله، إلا أن في العزل لأبد من العلم وفي الموت يفسخ وإن لم يعلم، لأنه فسخ حكمي.

(١) في ح: «تتفسخ». وفي أ: «تفسخ».

(٢) «قول رب المال» ساقطة من أ.

(٣) في أ و ح: «على المضارب».

(٤) «ولو كان رأس المال ... فإنه» ساقطة من أ و ب و ح فيها: «فهو على المضارب ويرجع هو ...» إلا أن في ب: «على المضاربة» وفي الكسائي (٦ : ١٠٧ : ٢٥) : «... وشرط جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصح قسمة الربح قبل قبض رأس المال حتى لو دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فربح ألفا فاقتسما الربح ورأس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلك الألف التي في يد المضارب بعد قسمتها الربح فإن القسمة الأولى لم تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله وما قبضه المضارب دين عليه يرد له إلى رب المال حتى يستوفي رب المال رأس ماله ولا تصح قسمة الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال».

(٥) هنا زاد في ح: «من». وفي أ: «بين».

(٦) «به» ليست في أ و ب و ح.

وكذلك إذا مات رب المال : ينفسخ^(١) ، سواء علم المضارب بموته أو لا ، لأنه فسخ حكمى .

وهذا إذا كان المال نقدا . فأما إذا كان المال^(٢) عروضا : فإن يبيع المضارب جائز ، حتى يصير نقدا فيؤدى^(٣) رأس المال ، و^(٤) لا ينزل بالعزل صريحا - وكذلك بالموت .

ثم المضاربة متى فسدت ، وقد ربح فيها ، فالربح لرب المال ، وللمضارب أجر المثل ، لأن استحقاق رب المال^(٥) الربح لكونه نماء ماله ، والمضارب إنما يستحق بالشرط ، وقد فسد العقد^(٦) ، لكن عمل له^(٧) بحكم عقد فاسد ، فيلزمه أجر المثل .

وكذا إذا لم يربح لأنه استعمله مدة فى عمله فكان عليه أجر العمل وفى المضاربة الصحيحة ، إن لم يكن ربح ، فلا شيء للمضارب لأنه عامل لنفسه ، فلا يستحق الأجر - والله أعلم .

(١) « ينفسخ » ليست فى ح .

(٢) « المال » من أ .

(٣) زاد هنا فى أ و ح : « به » .

(٤) هكذا فى أ و ب و ح . وفى الأصل : « كأنه لا ينزل » والمعنى أنه « لا ينزل المضارب بالعزل الحكمى إذا كان المال عروضا بل يبيعها بعد العزل كما لا ينزل بالعزل القصدى فى تلك الصورة لأن عدم عمل العزل فيها لئلا يلزم إبطال حق المضارب ولا تناوت فى ذلك بين ذينك الزاين » قاضى زاده ، نتائج الأفكار ، ٧ : ٧٧ . وراجع الكاسانى ، ٦ : ١١٢ : ٢٢ .

(٥) فى ب : « المضارب » وهو خطأ .

(٦) فى أ و ب و ح : « عقد المضاربة » .

(٧) فى ب : « فسد عقد المضاربة لا عمل له » .

الصرف

الصرف^(١) اسم لبيع الذهب والفضة ، والتبر^(٢) ، والمضروب والمصوغ في ذلك سواء ، وكذلك الجنس وخلاف الجنس ، والمفرد والمجموع مع غيره^(٣) .

(١) في ا و ح : « قال رحمه الله : الصرف » .

(٢) التبر ما كان غير مضروب من الذهب والفضة (انظر المغرب) .

(٣) هكذا في الاصل . وفي ب : « الصرف اسم لبيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والتبر المضروب والمصوغ في ذلك سواء . وكذا الجنس وخلاف الجنس ، والمفرد والمجموع مع غيره » . وفي ح : « الصرف اسم لبيع الذهب والفضة إذا باع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو التبر بالتبر أو المصوغ بالمصوغ والمضروب في ذلك وكذلك الجنس بخلاف الجنس والمفرد والمجموع مع غيره » . وفي امثل ما في ح إلا أن في ا : « أو المصوغ بالمصوغ أو المضروب بالمضروب في ذلك سواء » - ولعل عبارة ب خير . وفي الكاساني (٥ : ٢١٥ : ١٥) : « فالصرف في متعارف الشرع اسم لبيع الائتمان المطلقة بعضها ببعض وهو بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة وأحد الجنسين بالآخر » . وفيه أيضا (٥ : ٢١٦ : ٢ من أسفل - ١٧) : « وسواء كان ديننا بدين وهو الدراهم والدنانير أو عينا بدين وهو التبر والمصوغ أو ديننا بدين وهو الدرهم والدنانير بالتبر والمصوغ لأن ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بين الدين والمعين وسواء كان مفردا أو مجموعا مع غيره كما إذا باع ذهباً وثوباً بفضة مفردة لأن الفضة تنقسم على الذهب والثوب فما قابل الذهب يكون صرفاً فيشترط فيهما القبض وما يقابل الثوب يكون بيعاً مطلقاً فلا يشترط فيه القبض .. الخ » . وقد تقدم في باب السلم من كتاب البيوع (ح ٢ ص ٤) قوله « بيع الدين بالدين - وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المعلق ، وهو الدراهم والدنانير - ولأنه يسمى عقد الصرف » . وراجع بيان الثمن والمبيع في الجزء الثاني ، ص ٥١ - ٥٥ .

يسمى هذا العقد « صرفاً » ، لاختصاصه بالتقايض^(١) والصرف من يد إلى يد .

ومكتم - حكم سائر الموزونات والمكيلات^(٢) في جريان ربا الفضل والنسا^(٣) ، وذلك عند اتحاد الجنس والقدر^(٤) . وإنما اختص من سائر البياعات بثلاثة أشياء :

أحدها - أنه لا يصح بدون تقايض البدلين ، قبل^(٥) افتراق العاقلين بأنفسهما . فإذا عقدا عقد الصرف ، بأن باع ديناراً بدينار أو ديناراً بعشرة دراهم ، سواء كانا حاضرين وقت العقد أو لا : فإنه ينعقد العقد وينفذ إذا وجد التقايض قبل افتراق العاقلين^(٦) .

وكذلك إذا كان مجموعاً مع غيره ، بأن باع ذهباً وثوباً ، بفضة أو ذهب - فالفضة تنقسم على الذهب والثوب : فما يكون بمقابلة الذهب يكون صرفاً وما يقابل الثوب يكون بيعاً . فإذا قبض حصة الذهب من الفضة ، وقبض الآخر الذهب بحصة الفضة - جاز ، وإن لم يقبض حصة الثوب ؛ لكن الشرط افتراق العاقلين ، سواء كانا مالكين أو نائبين كالوكيل والائب والوصى ، لأن القبض من تمام عقد الصرف فيعتبر بالعاقلين ، فإن وجد أحد البدلين زيوفاً

(١) في ١ : « بالتقايض » .

(٢) في ١ و ٢ : « حكم سائر المكيلات » .

(٣) زادهنا في ١ و ٢ و ٣ : « سواء » . راجع في الجزء الثاني باب الربا (ص ٣١ وما بعدها) .

(٤) « وذلك عند اتحاد الجنس والقدر » ليست في ب .

(٥) في ١ و ٢ : « بدون التقايض بالبدلين قبل » . وفي ب : « بدون تقايض قبل » .

(٦) « بأنفسهما فإذا عقدا ... افتراق العاقلين » ليست في ب .

أو نهرجة^(١) فحكم المسألة مع فروعها قد ذكرناه في كتاب البيوع^(٢) .

والثاني - أن لا يكون فيه خيار شرط، لهما^(٣) أو لأحدهما .

والثالث - أن لا يكون لهما ، أو لأحدهما ، أجل في الصرف .

فإذا أبطلا الخيار، أو مات^(٤) من له الخيار، قبل افتراق العاقلين^(٥) :

يجوز الصرف ، استحسانا^(٦) ، عندنا - خلافا لزفر .

وكذا إذا أبطلا الأجل في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد ، وعن^(٧)

أبي يوسف روايتان .

وإن افترقا ولأحدهما خيار رؤية بأن كان مصوغا - أما في المضروب

< ف > لا يثبت خيار الرؤية ، لأنه لا فائدة فيه^(٨) ، كما في المسلم فيه -

< ف > لا يفسد العقد^(٩) ، لأنه خيار حكمي^(١٠) .

(١) الدرهم الزائف هو الرديء . وزافت الدراهم أي صارت مردودة انفس فيها -

والدرهم النهرج الدرهم الرديء . الذي فضته رديئة ، الدرهم المُنْبَطَّل السِكَّة (الاسان) .

(٢) في باب السلم - راجع ص ٢٤ - ٣٠ من الجزء الثاني . وكذا الكسائي ، ٥ :

٢٢٠ : ٢ وقد أحال على ما ذكر في السلم : ٥ : ٢٠٥ : ٧ وما بعده .

(٣) « لهما » ساقطة من ح .

(٤) « مات » ساقطة من ا و ب و ح .

(٥) « قبل افتراق العاقلين » من ا و ب و ح . وفي الاصل : « أو مات من له الخيار

من العاقلين يجوز ... » .

(٦) « استحسانا » ليست في ا و ح .

(٧) في ب : « وعند » .

(٨) « فيه » من ا و ب و ح .

(٩) المعنى أنه لو افترقا وفي الصرف خيار رؤية : جاز - ولكن لا يتصور في النقد وسائر

الديون خيار الرؤية ، لأن العقد ينمق على مثلها ، لا على عينها ، فلا يكون هناك فائدة في الخيار ،

لأن قيام العقد يقتضى ولاية المطالبة بالمثل ، فإذا قبض يردده ويطالبه بآخره هكذا (راجع في ذلك :

ابن المهزم ، فتح القدير ، ٥ : ٣٦٧ . والكسائي ، ٥ : ٢١٩ : ٦ من أسفل) .

(١٠) أى يثبت بدون اشتراطه كما سيتبين في المتن فيما يلي .

وكذا خيار العيب .

وكذا خيار الإجازة، بأن وجد الصرف من الفضولين على غيرهما^(١)،
فإذا بلغه كان له خيار الإجازة، وإنه لا يفسد، لأنه خيار يثبت حكماً .
والمفسد خيار الشرط لا غير .

ولو تصار فادينارا بدينار^(٢)، وسلم أحدهما الدينار^(٣)، وأبرأ صاحبه عن
الدينار^(٤) أو وهب منه :

فإن قبل الذى عليه الدين ما أبرأه منه أو وهب له : بطل الدين عنه ،
وانتقض الصرف ، لأن البراءة توجب سقوط القبض، الذى هو مستحق
حقاً للشرع فى الصرف، فإذا اتفقا على إسقاطه : بطل العقد ، بفواته .
وإن لم يقبل الذى عليه الدين البراءة : لا تصح، لأنها^(٥) سبب للفسخ^(٦)،
فلا يثبت بقول أحد المتعاقدين بعد صحة العقد ، ولو استبدل عن ذلك
الدينار شيئاً بخلاف جنسه ، فالبيع فاسد ، لأن فيه تفويت القبض الذى هو
حق الشرع - وإذا لم يصح هذا ، بقى عقد الصرف، وقد وجد قبض أحد
البديلين ، فعليه أن يقبض الآخر ، ويتم العقد الأول بينهما .

(١) فى ا و ح : « على البائع » .

(٢) فى ا : « بدينار دين » .

(٣) فى ب : « وسلم الدينار » . وفى ح : « وسلم الدينارين دين » .

(٤) فى ا و ب و ح : « الدينار الدين » .

(٥) و(٦) « لأنها » من ا و ب و ح . وفى الأصل : « لأنها » . والكلام على البراءة - وتكون

هنا سبباً للفسخ لأنها تجعل البدل بحال لا يتصور قبضه فكانت فى معنى الفسخ فلا تصح إلا بتراضيهما
كهرىح الفسخ (انظر الكاسانى ، ٥ : ٢١٨ : ٦ - ١٢) .

وإن أخذ عن الدينار الذى عليه^(١) ديناراً أردأً مما سمي^(٢) أو زيوفاً : فإنه يجوز ، ولا يكون استبدالاً ، لأنه من جنس حقه ، إلا أنه ناقص الوصف ، والجيد والردىء سواء ههنا .

فإن امتنع الواهب والمبرىء^(٣) أن يأخذ ما وهب له^(٤) > أو أبرأ^(٥) ، فإنه يجبر على ذلك ، لأن فى ترك قبض ذلك فساد^(٦) عقد الغير .

ولو باع ديناراً بعشرة دراهم^(٧) ، وسلم الدينار ، ولم يقبض العشرة ، وكان لمشتري الدينار على بائعه عشرة دراهم^(٨) ، فأراد المقاصة - فهنا ثلاث مسائل :

إحداها - أن العشرة التى على البائع وجبت عليه قبل الصرف ، بقرض أو غصب^(٩) أو من ثمن مبيع^(١٠) ، فأراد أن يجعل ثمن الدينار ، وهو العشرة ، قصاصاً بذلك الدين : فإن أجمعا على ذلك : جاز ، وكان قصاصاً ، وإن لم يجمعا

(١) فى ا و ح : « عن الدينار الثمن » .

(٢) كذا فى ب و ح . وفى الاصل وا : « ردثاً مما سمي » .

(٣) « المبرىء » من ب . وفى الاصل وا و ح : « والمشتري » . وفى الكسانى (٥ : ٢١٨) : « ولو أبى المبرىء أو الواهب أو المتصدق أن يأخذ ما أبرأ أو وهبه أو تصدق بجبر على القبض ، لأنه بالامتناع عن القبض يريد فسخ العقد وأحد العاقدين لا يتفرد بالفسخ » .

(٤) « له » ليست فى ا و ح .

(٥) راجع فيما سبق الهامش ٣ .

(٦) « فساد » ليست فى ا و ح . راجع فيما سلف الهامش ٣ .

(٧) و (٨) « دراهم » من ا و ب و ح .

(٩) فى ا و ح : « من قرض أو بنصب » .

(١٠) هكذا فى ا و ح . وفى الاصل ب : « بيع » - وقد تكون « بيع » بمعنى

« مبيع » (المصباح) .

على^(١) ذلك: لم يكن قصاصا - وهذا جواب الاستحسان ؛ والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر .

والثانية - أن يصير قصاصا وإن لم يتقاصا، وهو أن تكون العشرة دينا^(٢)، على بائع الدينار ، بقبض مضمون ، بعد عقد^(٣) الصرف - بأن غصب منه عشرة أو أقرضه عشرة ، وسلمها إليه ، فيصير قصاصا بضمن الصرف وإن لم يتقاصا^(٤) .

والثالثة - وهو أن تجب العشرة، على بائع الدينار ، بعقد متأخر عن عقد الصرف: فلا يصير قصاصا بضمن الصرف^(٥)، وإن تقاصا^(٦) .
وأصل هذه المسائل ذكرناها^(٧) في البيوع^(٨) .

(١) هكذا في ا و ح . وفي الأصل : « وإن لم يحملا ذلك » .

(٢) « دينا » ليست في ا و ح .

(٣) في ا و ح « قبل عقد » . وفي ب « بعقد » . والكاساني تكلم على هذه المسألة في السلم وهو نفس الحكم في الصرف (الكاساني ٥ : ٢١٨ - ٨ : ٧ من أسفل و ٢٠٧ : ٩) فقال « فأما إذا وجب بالقبض كالنصب والقرض فإنه يصير قصاصا سواء جملاه قصاصا أو لا بعد أن كان وجوب الدين الآخر متأخرا عن العقد لأن العقد إن انقضى موجبا قبضا حقيقة فقد وجد ههنا لكن قبض النصيب والقرض قبض حقيقة فيجمل عن قبض رأس المال لأنه واجب وقبض النصيب محظور وقبض القرض ليس بواجب فكان ليقاعه عن الواجب أولى » (الكاساني ٥ ، ٢٠٦ : السطر الأسفل - ٢٠٧) . راجع في ذلك : الزيلعي ، ٤ : ١٤٠ . وابن المهام والبارقي ، ٥ : ٣٧٩ - ٣٨١ .

(٤) في ب : « وإن لم يتقابضا » . وفي الكاساني : « سواء جملاه قصاصا أو لا » - راجع فيما

سلف الهامش ٣ .

(٥) « وإن لم يتقاصا والثالثة ٠٠٠ بضمن الصرف » ساقطة من ا و ح .

(٦) في ا و ب و ح : « وإن تراضيا » .

(٧) « ذكرناها » من ب . وفي ا و ح : « ذكرنا » .

(٨) أصل هذه المسائل مسألة الاستبدال . وقد ذكرها في باب السلم (راجع ص ١٩ - ٢٠

ح ٢) وهذا أشار الكاساني إلى ذلك في الصرف (٥ : ٢١٨ - ٢٧ : ٢٨) وأحال على ما ذكره في السلم (٥ : ٢٠٦ - ٢٣ : ٢٠٧) . وانظر فيما تقدم الهامش ٣ .

باب آخر

منه

أصل^(١) الباب أن ما يجوز البيع فيه متفاضلا، يجوز فيه البيع مجازفة،
ومالا يجوز فيه البيع متفاضلا، لا يجوز فيه البيع مجازفة .

— إذا باع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، مجازفة— لا يجوز، لأنه لا يجوز
البيع فيه متفاضلا، فكذلك^(٢) المجازفة، لاحتمال الزيادة في أحدهما^(٣).
ويستوى الجواب بين أن لا يعرف المتبايعان وزن كل واحد منهما، أو كانا
يعرفان وزن واحد دون الآخر، أو كان أحدهما يعرف والآخر لا يعرف^(٤).
فإن وزنا في المجلس، فكأننا سواء في الوزن: فالبيع جائز، استخسانا،
وإن تفرقا قبل الوزن، ثم وزنا، واستويا في الوزن. فالبيع فاسد.
وقال زفر: إذا استويا في الوزن، جاز^(٥) في الحالين.

والقياس ما قاله، لأن الفساد لأجل احتمال الفضل، وقد تبين أنه لا فضل،
ولكننا نقول: إن علم المتعاقدين بالتساوى بين البدلين شرط^(٦) جواز

(١) في أ و ح: « قال رحمه الله: أصل » .

(٢) هكذا في ب. وفي الأصل: « وكذلك » .

(٣) « لا يجوز لأنه لا يجوز البيع... في أحدهما » ساقطة من أ و ح .

(٤) « يعرف والآخر لا يعرف » من أ و ب و ح .

(٥) في أ و ح: « فالبيع جائز » .

(٦) في أ و ح: « بالتساوى الذى هو من شرط » .

العقد ، فيعتبر عند العقد^(١) ، إلا أن المجلس حكم حالة واحدة ، فكان كالمعلم عند العقد .

— وأما إذا كان بخلاف الجنس ، بأن باع الذهب بالفضة مجازفة : جاز^(٢) ، لأنه جاز البيع فيهما متفاضلا — ولهذا قالوا : إذا باع قاب فضة محشوا^(٣) ، بدرهم^(٤) ، <و> لا يعلم قدر وزن^(٥) القلب : فالبيع باطل ، وقال زفر : جائز ، إلا أن يعلم التفاضل .

وعلى هذا :

— القسمة إذا وقعت فيما يجري فيه الربا : لا^(٦) تجوز مجازفة في الجنس الواحد ، وتجاوز في مختلفي الجنس .

— ولو باع السيف بالسيف ، وأواني الصِّفَر^(٧) بجنسها ، مجازفة : جاز ، لأنه جاز التفاضل^(٨) .

— ولو باع فضة فيها غش ، بفضة مثلها ، والفضة غالبية ، فحكمها حكم الفضة : لا يجوز بيعها^(٩) بالفضة الخالصة إلا سواء بسواء ، يدا بيد .

(١) « فيعتبر عند العقد » ليست في ا .

(٢) « جاز » ساقطة من ح .

(٣) « محشوا » ليست في ا وغير واضحة في ح .

(٤) في ب و ح : « بدرهم » .

(٥) « وزن » من ا و ح . وفي ب : « لا يعلم وزن القلب » .

(٦) « لا » ليست في ب .

(٧) الصفر النحاس . وفي ب و ح : « الصفير » .

(٨) انظر الكاساني ، ٥ : ١٨٥ : ١٦ .

(٩) « بيعها » من ا و ب و ح .

وإن كان الغش هو الغالب: فحكمها^(١) حكم النحاس الخالص : لا يباع بالنحاس^(٢) إلا مثلاً بمثل ، يدا بيد .

وإن كان الغش مع الفضة سواء : فيكون حكمه حكم الفضة في أنه^(٣) لا يجوز أن يباع إلا وزناً ، ولا يجوز بيعه مجازفة وعددا . وإذا قوبل بالفضة الخالصة في البيع ، يراعى فيه طريق الاعتبار : إن علم أن الفضة الخالصة أكثر ، حتى تكون الفضة بإزاء الفضة وزناً ، والزيادة بإزاء الغش : جاز البيع^(٤) . وإن كانت الفضة الخالصة أقل من الفضة التي في المغشوش ، أو مثلها ، أو لا يدرى^(٥) : لا يجوز ، لما فيه من الربا .

— ولو باع سيفاً على بذهب أو فضة : إن باع بجنس الحلية والتمن أكثر من الحلية : جاز ، وتكون الحلية^(٦) بيعاً ، بمثل وزنها ، والفضل^(٧) بإزاء الجفن والحائل ، لأن الأصل عندنا في تقسيم الثمن على المبيع ، إذا كان أشياء بعضها من جنس الثمن والبعض لا^(٨) ، صرف الثمن إلى جنسه بمثل وزنه^(٩) على وجه فيه تصحيح العقد ما أمكن ، وذلك في صرف بعض

(١) هكذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « فحكمه » .

(٢) « بالنحاس » ليست في ا و ح .

(٣) كذا في ح و ب . وفي الأصل و ا : « في أن » .

(٤) « جاز البيع » من ا و ح . وقد نقل الشافعي على الزيامي (١٤١ : ٤) هذه العبارة

عن التحفة ولكنه قدم « جاز البيع » على « حتى تكون الفضة ... الخ » .

(٥) « أو لا يدرى » ليست في ب .

(٦) « الحلية » من ا و ب و ح .

(٧) في ب : « والفضل » .

(٨) « بعضها ... لا » من ا و ب و ح .

التمن إلى جنسه بمثل وزنه^(١) والبعض إلى خلاف الجنس على طريق الاعتبار وذلك ما قلنا .

وأما إذا كان التمن مثل الحلية أو أقل : < ف > لا يجوز ، لأنه يبقى الجفن والحمايل فضلا في بيع الربا .

وكذلك إذا كان لا يعلم أو^(٢) اختلف التجار في ذلك : فإن علم أن الحلية أقل في المجلس^(٣) : يكون جازا عندنا^(٤) ، وإن علم بعد الافتراق : لا يجوز عندنا - خلافا لرفر ، كما في بيع^(٥) المجازفة^(٦) .

وهذا إذا قبض حصة^(٧) الحلية في المجلس ، فأما إذا تفرقا قبل أن يتقابضا ، أو قبض أحدهما دون الآخر - فإنه ينظر :

إن كانت الحلية^(٨) مما لا يتخلص عن السيف إلا بضرر : فسد البيع كله^(٩) . وإن كانت تتخلص بغير ضرر : جاز في السيف ، وفسد^(١٠) في

(١) « بمثل وزنه » من ا و ب و ح - فمبارة ا و ب و ح كما يأتي : « لأن الأصل عندنا في تقسيم التمن على المبيع ، إذا كان أشياء بعضها من جنس التمن والبعض لا ، على وجه فيه تصحيح العقد ما أمكن ، والتصحيح في صرف بعض التمن إلى جنسه بمثل وزنه ، والبعض إلى خلاف الجنس ، على طريق الاعتبار ، وذلك ما قلنا » .

(٢) في ب : « و » .

(٣) في ا و ب و ح : « وإن علم في المجلس أن التمن أكثر » .

(٤) « عندنا » ليست في ا و ب و ح .

(٥) « بيع » من ا و ب و ح .

(٦) راجع فيها تقدم ص ٣٩ - ٤٠ .

(٧) « حصة » من ا و ب و ح .

(٨) « الحلية » من ا و ب و ح .

(٩) في ا و ح : « في كله » .

(١٠) في ب : « وبطل » .

الحلية ، لأن العقد بقدر الحلية يكون صرفاً ، وفي حق السيف يكون
 فيما مطلقاً ، والتقابض شرط صحة الصرف لا غير - فإذا كانت تتخلص
 الحلية من غير ضرر ، فكأنهما شيئان منفصلان ، ولهذا جاز العقد في
 أحدهما دون الآخر ، ولذا جاز أن يبقى . فأما إذا كانت لا تتخلص إلا
 بضرر فسد كله : في حصة الحلية : لعدم التقابض ، وفي حصة السيف : لأنه
 يبيع شيء لا يمكن تسليمه إلا بضرر يلحق البائع ، وابتداء البيع على هذا
 الوجه مفسد للبيع ، فكذا في حالة البقاء ، كما إذا باع جذعاً في سقف^(١) ،
 حتى لو فصل الحلية عن السيف ، وسلم : جاز ، ويجبر المشتري لتغير^(٢)
 صفة المبيع .

- ولو باع السيف المحلى بجنس الحلية^(٣) أو بخلاف جنسه < ا > من
 الذهب والفضة ، والتمن أكثر من الحلية ، ولا أحدهما خيار الشرط في
 البيع ، أو^(٤) كان شرط تأجيل الثمن^(٥) في^(٦) العقد ، ثم تفرق عن^(٧) قبض :
 < ف > إن كانت الحلية مما لا يتميز إلا بضرر : فسد البيع في الحلية ،
 بالتأجيل والخيار المفسدين للصرف^(٨) ، وفسد في السيف ، لأنه لا يجوز

(١) راجع ٢٠ ص ٦٧ - ٦٨ . والكاساني ٥ : ١٦٨ : ١ - ٣ و ١٣ - ١٤ .

(٢) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « اتعين » وقد تكون « لتغير » .

(٣) في ب : « بجنس ما في الحلية » . وفي ا و ح : « بجنس ما في الحلية » .

(٤) في ا و ح : « او » .

(٥) « والفضة والتمن أكثر ... تأجيل الثمن » ليست في ب .

(٦) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « من » .

(٧) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « من غير » - راجع الكاساني ٥ : ٢١٩ : ٢٢ .

(٨) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « المفسد من الصرف » . وراجع فيما تقدم ص ٣٥ - ٣٦ .

إفراده بالعقد ، لما فيه من إلحاق^(١) الضرر بالبائع ، بالتسليم منفصلا .
وإن كانت تتميز من غير ضرر : ففسد العقد فيها عند أبي حنيفة وأبي
يوسف ، لأن الصفقة اشتملت على الصحيح والفاسد ، والفساد فى نفس
المعقود عليه ، وفى مثل هذا يشيع الفساد فى الكل عندهما . وعند محمد :
يجوز البيع فى السيف ويبطل فى الحلية ، لأن الصفقة اشتملت على
الصحيح والفاسد ، وللفاسد قيمته^(٢) ، فيصح فى الصحيح ، ويفسد فى الفاسد .

وإذا اشترى من الرجل قلب فضة وزنه عشرة ، بعشرة ، وافترقا
عن قبض^(٣) ، ثم حط البائع عنه درهما أو زاده المشتري درهما ، وقبل
الآخر ذلك : فالبيع فاسد عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : الحط والزيادة
فاسدان ، والعقد الأول صحيح . وقال محمد : الحط جائز^(٤) ، والزيادة فاسدة ،
والعقد الأول صحيح - وهذا فرع^(٥) اختلافهم فى الشرط الفاسد :
يلحق بالعقد ويفسده^(٦) عند أبي حنيفة ، فإذا وجدت الزيادة والحط
والتحقق بالعقد يجمل^(٧) كأن العقد فى الابتداء على هذا الوجه ، فيفسد ،

(١) « إلحاق » من ا و ح .

(٢) « وللفاسد قيمته » من ب و ا .

(٣) هكذا فى ب . وفى الأصل : « من غير قبض » . و « عن قبض » ليست فى ا و ح ففيهما :

« وافترقا ثم حط » .

(٤) فى ا و ح : « صحيح » .

(٥) فى ا و ح : « نوع » .

(٦) الهاء من ب .

(٧) فى ا و ح : « التحقق بالعقد فجمل » .

للتفاضل^(١)، في مال الربا - وإنما شرط القبول في الخط ههنا عنده، لأنه يتعلق به فسخ العقد، فلا يملك <ه> أحد الماقيدين إلا برضا الآخر. ومن أصل أبي يوسف أن الشرط الفاسد لا يلتحق بالعقد، فيسقط اعتبار الزيادة والخط جميعاً^(٢)، وأما محمد فقوله مثل قول أبي يوسف إلا أنه يقول: الزيادة فاسدة، فلا تلتحق بالعقد^(٣)، والخط صحيح، لأنه يمكن أن يجعل هبة مبتدأة، كخط^(٤) جميع الثمن^(٥).

فأما إذا كان^(٦) بخلاف الجنس، بأن باع قلب فضة وزنه عشرة بدينار، والمسألة بحالها: صح الخط والزيادة، بالاجماع، ويلتحقان بأصل العقد، فيشترط قبض هذه الزيادة، في المجلس - حتى لو افترقا قبل قبض الزيادة في^(٧) مجلس الزيادة: يفسد العقد في حصة الزيادة، لأن الزيادة صارت ثمن الصرف. و^(٨) في الخط: تفرقا أو لم يتفرقا، فهو صحيح، لأن الفضل في خلاف الجنس^(٩) جائز، ويجب عليه رد ما حط^(١٠).

(١) في أ و ح: «في الابتداء اشتمله» (وفي أ: اشتمل) على وجه يفسد للتفاضل.
 وفي ب: «يفسد التفاضل».
 (٢) «جميعاً» من ب.
 (٣) «بالعقد» من أ و ح. وفي ح: «ولا يلتحق بالعقد».
 (٤) في أ و ب و ح: «لخط».
 (٥) راجع ص ٨٢-٨٣ من الجزء الثاني.
 (٦) في ب: «إذا باعه».
 (٧) هكذا في أ و ح. وفي الأصل و ب: «قبل القبض في».
 (٨) «و» ليست في أ و ح.

(٩) في ح: «بخلاف الجنس». وفي ب: «في خلاف جنس الثمن».
 (١٠) أي «وأما الخط فجائز سواء كان قبل التفرق أو بعده، لأن الخط وإن كان يلتحق بأصل العقد فيؤدي إلى التفاضل، لكن التفاضل عند اختلاف الجنس جائز ولا زيادة ههنا حتى يشترط قبضها فصح الخط ووجب عليه رد المخطوط، لأن الخط لما التحق بأصل العقد تبين أن العقد لم يقع على قدر المخطوط من الابتداء فيجب رده» الكاساني، ٥: ٢١٦، ٢٦ وما بعده.

ولو باع ديناراً و^(١) درهما، بدرهمين ودينارين - جاز^(٢) عندنا، ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس ، خلافاً لزفر والشافعي .

وعلى هذا الخلاف إذا قوبل أبدال من جنسين مختلفين ، بأبدال من جنسين مختلفين ، في أموال الربا ، في المكيل والموزون : فإنه يصرف الجنس إلى خلاف الجنس ، والمسألة معروفة .

ولو كسر حلية سيف ، أو سواراً : فإنه يضمن قيمة الصياغة - بخلاف جنسه ، لأن هذه جودة متقومة ، لحصولها بصنع العباد، ولكن لا يمكن تضمينه من جنسه ، لأنه يؤدي إلى الربا ، فيجب التضمن بخلاف الجنس .

فصل^(٣) - القرض^(٤) جائز فيما له مثل من جنسه ، لأنه يجب عليه رد المثل .

والأجل في القرض باطل^(٥) ، شرط في الأصل^(٦) أو طراً عليه ، لأن أخذ مثل القرض كـعين القرض ، فيكون فاضلاً^(٧) في العين ، وهو باطل^(٨) .

(١) هكذا في ب . وفي الأصل : « أو » .

(٢) « ويجب عليه رد ما حط ... ودينارين جاز » ساقطة من ح و ا .

(٣) « فصل » من ا . وقد تكلم الكاساني على القرض في « كتاب » مستقل (البدائع ،

٧ : ٣٩٤) .

(٤) في الأصل : « قال : القرض » .

(٥) بمعنى أنه لا يلزم بخلاف سائر الديون (راجع في بيان ذلك بالتفصيل : الكاساني ، ٧ : ٣٩٦) .

(٦) « في الأصل » من ا و ح . وفي ب : « في القرض » .

(٧) في ب تشبه أن تكون « تأجيلاً » . وكذا في الأصل .

(٨) راجع في بيان ذلك بالتفصيل : الكاساني ، ٧ : ٣٩٦ .

ولو استقرض فلوساً أو دراهم ، ثم كسدت : فعند أبي حنيفة يجب عليه رد مثلها ، وعند أبي يوسف ومحمد : رد قيمتها^(١) ، لكن عند أبي يوسف تعتبر القيمة يوم القرض ، وعند محمد في آخر وقت نفاقها قبل أن تكسب ؛ وهذا كالاختلاف بينهما فيمن غصب مثلياً وانقطع : قال أبو يوسف : تجب قيمته يوم الغصب ، وعند محمد : يوم الانقطاع^(٢) .

فإذا باع الفلوس^(٣) بخلاف جنسها : فإنها لا تتمين إن كان ما يقابلها من العروض بمنزلة الدراهم ، وإن كان ما يقابلها من الدراهم والدنانير^(٤) لا تتمين^(٥) أيضاً - لكن إذا افترقا من غير قبض أحدهما ، يفسد العقد ، لأنه^(٦) افتراق عن دين بدين ، وإن قبض أحدهما : جاز ، ولا يشترط قبضهما ، لأنه ليس بصرف .

وأما إذا باع الفلوس بعضها ببعض .

< ف > إن كان عينا بعين ، فإنه يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، متفاضلة أو متساوية ، لأنها إنما^(٧) لا تتمين لعدم الفائدة ، وفي التبعين فائدة ،

(١) راجع الكاساني ، ٧ : ٣٩٥ : ١٢ - ١٧ .

(٢) راجع فيها تقدم ص ٥٥ من الجزء الثاني . ونقل الشلبي على الزيلعي هذه العبارة عن التحفة كما هي هنا (٤ : ١٤٢) . وانظر في بيان ذلك : الكاساني ، ٧ : ٣٩٥ : ١٢ - ١٧ .

(٣) الفلوس جمع فلس والفلس انقطة المضروبة من النحاس يتعامل بها (المنجد) . وهو ممن بالاصطلاح ، سلعة في الاصل : فإن كان رائجا كان ثمنا وإن كان كاسدا فهو سلعة ممن (الزيلعي ، ٤ : ١٤٥) .

(٤) « والدنانير » من ا و ب و ح .

(٥) ا و ح : « لا تتمين » ولعل الاوضح أن يقال : « فإنها لا تتمين » . وانظر الكاساني ،

٥ : ١٨٥ : ١٩ .

(٦) زاد هنا في ب : « إذا » .

(٧) « لا » ليست في ا و ح .

ولو باع ديناراً و^(١) درهماً، بدرهمين ودينارين - جاز^(٢) عندنا، ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس ، خلافاً لزفر والشافعي .

وعلى هذا الخلاف إذا قوبل أبدال من جنسين مختلفين ، بأبدال من جنسين مختلفين ، في أموال الربا ، في المكيل والموزون : فإنه يصرف الجنس إلى خلاف الجنس ، والمسألة معروفة .

ولو كسر حلقة سيف ، أو سواراً : فإنه يضمن قيمة الصياغة - بخلاف جنسه ، لأن هذه جودة متقومة ، لحصولها بصنع العباد، ولكن لا يمكن تضمينه من جنسه ، لأنه يؤدي إلى الربا ، فيجب التضمن بخلاف الجنس .

فصل^(٣) - القرض^(٤) جائز فيما له مثل من جنسه ، لأنه يجب عليه رد المثل .

والأجل في القرض باطل^(٥) ، شرط في الأصل^(٦) أو طراً عليه ، لأن أخذ مثل القرض كـعين القرض ، فيكون فاضلاً^(٧) في العين ، وهو باطل^(٨) .

(١) هكذا في ب . وفي الأصل : « أو » .

(٢) « ويجب عليه رد ما حط ... ودينارين جاز » ساقطة من ح و ا .

(٣) « فصل » من ا . وقد تكلم الكاساني على القرض في « كتاب » مستقل (البدائع ،

٧ : ٣٩٤) .

(٤) في الأصل : « قال : القرض » .

(٥) بمعنى أنه لا يلزم بخلاف سائر الديون (راجع في بيان ذلك بالتفصيل : الكاساني ، ٧ : ٣٩٦) .

(٦) في الأصل « من ا و ح . وفي ب : « في القرض » .

(٧) في ب تشبه أن تكون « تأجيلاً » . وكذا في الأصل .

(٨) راجع في بيان ذلك بالتفصيل : الكاساني ، ٧ : ٣٩٦ .

ولو استقرض فلوساً أو دراهم ، ثم كسدت : فعند أبي حنيفة يجب عليه رد مثلها ، وعند أبي يوسف ومحمد : رد قيمتها^(١) ، لكن عند أبي يوسف تعتبر القيمة يوم القرض ، وعند محمد في آخر وقت نفاقها قبل أن تكسب ؛ وهذا كالاختلاف بينهما فيمن غصب مثلياً وانقطع : قال أبو يوسف : تجب قيمته يوم الغصب ، وعند محمد : يوم الانقطاع^(٢) .

فإن باع الفلوس^(٣) بخلاف جنسها : فإنها لا تتمين إن كان ما يقابلها من العروض بمنزلة الدراهم ، وإن كان ما يقابلها من الدراهم والدنانير^(٤) لا تتمين^(٥) أيضاً - لكن إذا افترقا من غير قبض أحدهما ، يفسد العقد ، لأنه^(٦) افتراق عن دين بدين ، وإن قبض أحدهما : جاز ، ولا يشترط قبضهما ، لأنه ليس بصرف .

وأما إذا باع الفلوس بعضها ببعض .

< ف > إن كان عينا بعين ، فإنه يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، متفاضلة أو متساوية ، لأنها إنما^(٧) لا تتمين لعدم الفائدة ، وفي التبعين فائدة ،

(١) راجع الكاساني ، ٧ : ٣٩٥ : ١٢ - ١٧ .

(٢) راجع فيها تقدم ص ٥٥ من الجزء الثاني . ونقل الشلبي على الزيلعي هذه العبارة عن التحفة كما هي هنا (٤ : ١٤٢) . وانظر في بيان ذلك : الكاساني ، ٧ : ٣٩٥ : ١٢ - ١٧ .

(٣) الفلوس جمع فلس والفلس انقطة المضروبة من النحاس يتعامل بها (المنجد) . وهو تمن بالاصطلاح ، سلعة في الاصل : فإن كان رائجا كان تمنا وإن كان كاسدا فهو سلعة متمعن (الزيلعي ، ٤ : ١٤٥) .

(٤) « والدنانير » من ا و ب و ح .

(٥) ا و ح : « لا تتمين » ولعل الاوضح أن يقال : « فإنها لا تتمين » . وانظر الكاساني ،

١٨٥ : ١٩ .

(٦) زاد هنا في ب : « إذا » .

(٧) « لا » ليست في ا و ح .

وهو جواز^(١) العقد. وعند محمد: لا يجوز متفاضلة^(٢)، لأنها ثمن، فيكون^(٣) كبيع الدرهم^(٤) بالدرهمين.

فأما إذا كان السكل ديناً^(٥) أو أحدهما: فالمشهور من الرواية عنهم أنه لا يجوز. وعن أبي يوسف^(٦): يجوز - والمسألة تذكر^(٧) في الخلافات^(٨) و^(٩).

(١) « لأنها لما ... جواز » من ا و ب و ح غير أنه في ا و ح سقطت « لا » ففيها :
« إنما تثنى » بدلاً من « إنما لاتثنى » .

(٢) في ح : « المتفاضلة » وفي ا : « التفاضل » .

(٣) « فيكون » من ا و ب و ح .

(٤) في ح : « الدراهم » .

(٥) راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٣٣ والهامش ٣ ص ٤٧ وفيما يلي الهامش ٩ .

(٦) في ا : « وعن أبي حنيفة » .

(٧) « تذكر » من ح .

(٨) في ب : « والمسألة تترف في المختلف » . و زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب

وإليه المرجع والمآب » .

(٩) قال الزيلعي (٤ : ١٤٥) : « الأموال أنواع :

نوع ثمن بكل حال ، كالنقدين : صحبه الباء أو لا ، وقول بجنسه أو بغير جنسه .

ونوع مبيع بكل حال ، كالتياب والدواب والبيد .

ونوع ثمن من وجه ، مبيع من وجه ، كالأكيل والموزون غير النقدين : فإنه إن كان

مبيعاً في العقد كان مبيعاً ، وإن لم يكن مبيعاً وصحبه الباء وقول بالمبيع فهو ثمن .

ونوع ثمن بالاصطلاح ، وهو سلعة في الأصل ، كالفلوس : فإن كان رائجاً كان ثمنياً .

وإن كان كاسداً فهو سلعة مثنى .

وهذا لأن الثمن ما يثبت ديناً في الذمة عند العرب - كذا ذكره الفراء ، والنقود لا تستحق

بالعقد إلا ديناً في الذمة ، فكانت ثمناً بكل حال . والعروض لا تستحق بالعقد إلا عيناً فكانت مبيعة .

والأكيل والموزون غير النقدين يستحق بالعقد عيناتارة ودينياً أخرى . فكان ثمناً في حال مبيعاً في حال .

ومن حكم الثمن أن لا يشترط وجوده في ملك الماقد عند العقد ، ولا يبطل العقد بفوات

تسليمه ، ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم .

ومن حكم المبيع أن يشترط وجوده قبل العقد في غير السلم ، وأن لا يصح الاستبدال به قبل قبضه .

ومن شرطها أن لا يجوز التفاضل عند المقابلة بالجنس في المقدرات ، وأن يجب تعيينها فيما

يتمين وقبضها فيما لا يتمين . وفي غير المقدرات يجب تعيينها فقط . وإن قول بخلاف جنسه : فإن

كان البدلان من المقدرات يجب تعيينهما وإن كانا يتيمينان بالتعيين لأن جمعهما القدر كالخطة والشعر ،

ولأن كانا لا يتيمينان يجب قبضهما كالذهب والفضة . ولأن لم يجمعهما القدر كالخطة والفضة أو الفلوس

مع أحد النقدين أو كان أحدهما مقدراً والآخر غير مقدر كالتيساب مع النقدين أو غيرهما .

المقدرات يجب تعيين أحد البدلين دون الآخر كي لا يكون كالثا بكالء .

وراجع : التحفة ، ٢ ، ص ٥١ وما بعدها .

كتاب

(١)

الرهن

يحتاج إلى (٢) :

بيان شرعية عقد الرهن ،

وإلى بيان ركنه ،

وإلى بيان شرائط جوازه ،

وإلى بيان ما يصلح مرهوناً ،

وإلى بيان ما يكون مرهوناً به ،

وإلى بيان حكم الرهن ، وما يتعلق به من الأحكام .

أما الأول - فنقول :

الرهن عقد شرع وثيقة بمال .

عرفت (٣) مشروعيته (٤) بالنص ، وهو قوله تعالى : « يا أيها الذين

آمنوا » إلى أن قال « فرهان مقبوضة » (٥) .

(١) عبارة « كتاب الرهن » ساقطة من ب .

(٢) في الأصل : « قال يحتاج إلى » . وفي أ و ح : « قال رحمه الله : يحتاج إلى » .

(٣) التام من أ و ب و ح .

(٤) في أ و ح : « شرعيته » .

(٥) البقرة : ٢٨٢-٢٨٣ - « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى

فاكتبوه . وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهان مقبوضة » .

وروى عن النبي عليه السلام أنه اشترى من يهودى طعاماً ، نسيئة ، ورهن به درعه ^(١) .

وأما بيان ركنه

فهو الإيجاب والقبول - فالإيجاب قوله ^(٢) : « رهتلك هذا بمالك على من الدين » ، أو قوله : « خذ هذا الشيء رهنا بدينك » - ونحو ذلك .

وأما شرائط جوازها

فمنها - القبض ، وهو عندنا .

وقال مالك : يصح بالاييجاب والقبول .

وهو خلاف النص : قال الله تعالى : « فرهان مقبوضة » .

ومنها - دوام القبض ، بأن يكون محوزاً في يده ^(٣) ، لأن مقصود الرهن هو الاستيثاق ، وذلك ^(٤) لا يحصل إلا بهذا .

ومنها - أن يكون منفصلاً عن غيره ، غير متعلق بالم ^(٥) يقع عليه عقد الرهن .

وعلى هذا قلنا : إن رهن المشاع لا يصح . وقال الشافعى : يصح . والصحيح ما قلناه ^(٦) ، لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بالتهايؤ ، وذلك يوجب فوات القبض على الدوام ^(٧) .

(١) الدرر : قيس من زرد الحديد يابس وقاية من سلاح العدو . مؤنث وقد يذكر (المنجد - وانظر القاموس) .

(٢) في ا و ح : « والقبول وهو قوله » .

(٣) « في يده » من ا و ب و ح .

(٤) في ا و ب و ح : « والاستيثاق » .

(٥) في ح : « عن غيره متعلق بالم » .

(٦) « والصحيح ما قلناه » من ا و ح .

(٧) « على الدوام » من ا و ب و ح . وانظر فيها بعد ص ٥٤ .

ويستوى الجواب في المشاع الذى ينقسم والذى لا ينقسم ، ومن الشريك وغيره .

وأما الشيوع الطارىء: < ف > يبطل الرهن فى رواية الأصيل^(١) .
وروى ابن سيماء: عن أبى يوسف أنه لا يبطل .

وأما إذا رهن بيتا بعينه^(٢) ، من دار بعينها : جاز ، لأنه ليس بشائع -
ولهذا قلنا إنه^(٣) لا يجوز رهن ثمرة فى شجرة^(٤) بدون الشجرة^(٥) ، ولا
الشجرة بدون الكرم^(٦) ، حتى يحوزه^(٧) ويسلمه إلى المرتهن ، وكذا
رهن شجر فى أرض بدون الأرض ، وكذا إذا رهن زرعاً دون الأرض ،
أو^(٨) الأرض دون الزرع ؛ لأن الرهن متصل بما ليس برهن ، فلا
يصح التسليم ، وإن رهن النخل والشجر والكرم بمواضعها من الأرض :
جاز ، لأنه يمكن قبضها ، بما فيها ، بالنخلة^(٩) .

ولو قال : « رهنتك هذه الدار أو هذه الأرض أو هذه القرية » -
يدخل فى الرهن كل ما كان متصلاً بالمرهون : من البناء فى الدار ، والشجر

(١) فى ب : « الأصول » . وفى الباقى (٨ : ٢٠٥ : ١٣) : « فى رواية الأصيل » .
وفى السكافى (٦ : ١٣٨ : ١٠٠ من أسفل) : « فى ظاهر الرواية » .

(٢) هكذا فى ب . وفى الأصيل و ا و ح : « شيئاً » بدلا من « بيتا بعينه » .

(٣) « لأنه » من ا و ب و ح .

(٤) و (٥) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصيل : « شجر » .

(٦) كذا فى ا و ح . وفى الأصيل : « فى شجر بدون الشجر والكرم » . وفى ب : « فى
شجرة بدون الشجرة ولا الكرم حتى » .

(٧) فى ب : « يحوزه » .

(٨) كذا فى ا و ب . وفى الأصيل و ح : « و » .

(٩) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الأصيل : « من النخلة » .

مع الثمر والزرع والرطب في الأرض - لأن الرهن لا يجوز بدون ما يتصل به ، فكان إطلاق العقد ينصرف إلى ما فيه تصحيحه .

ولو رهن دارا ، وفيها متاع قليل أو كثير ، أو حبوب ، أو شيء مما ينتفع به ، دون^(١) هذه الأشياء : لم يصح الرهن ، حتى يسلم الدار فارغة عنها .
ولو رهن الدار بما فيها ، صح إذا سلم الدار إليه ، وخلي بينه وبين الدار بما فيها^(٢) ، ويصير الكل رهنا .

ولو رهن دارا ، والراهن والمرتهن في جوفها ، فقال : « رهنتها منك وسلمتها إليك » ، وقال المرتهن : « قبلت » - لم يتم الرهن حتى يخرج الراهن من الدار ثم يقول الراهن : « قد سلمتها إليك » - لأنه لا يصح التسليم إلى المرتهن ، وهو في الدار ، فإذا خرج فلا بد من تسليم جديد .

ثم قبض الأب^(٣) ، < و > الوصي ووكيل المرتهن ، كقبضه .

وكذا قبض العدل : كقبضه ، لأنه يمسك الرهن المرتهن . ولكن لا يملك نقض يده^(٤) والرد إلى يد الراهن . وليس^(٥) له أن يقبضه < المرتهن > إلا بإذن الراهن ، لأنه لم يرض بإمساك المرتهن ، حيث

(١) هكذا في ب . وفي ا و ح : « بدون » . وفي الأصل : « من » . والعبارة في ا و ح كما يأتي : « ... أو شيء مما ينتفع به لم يصح الرهن بدون هذه الأشياء حتى يسلم الدار فارغة عنها » .

(٢) « بما فيها » من ا و ب و ح .

(٣) « الأب » من ا و ب و ح .

(٤) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « ولهذا يملك قبض يده » .

(٥) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لكن ليس » .

جمله في يد العدل ، وشرطا في عقد الرهن أو بعد الرهن^(١) ،
فأما إذا شرطا أن يكون في يد العدل ، وأن يبيعه بدينه ويقضى به دينه -
فيصح ، ولكن لا يملك الراهن نقض هذه الوكالة إلا برضا المرتهن ، لأن البيع
صار حقا من حقوق الرهن^(٢) ، زيادة وثيقة في حق المرتهن بطلبه .
ولو^(٣) لم يكن مشروطا في الرهن^(٤) ، ثم أمر العدل بعد ذلك ببيعه -
فهذا توكيل بالبيع : < ف > يملك الراهن عزله والنهي عن البيع ،
وإذا مات الراهن ، ينزل هذا الوكيل - وفي الفصل الأول لا يملك
الراهن^(٥) عزله^(٦) ، ولو مات لا^(٧) ينزل الوكيل عن البيع .

وأما بيان ما يصلح مرهونا

فكل مال ، متقوم ، يجوز أن يكون مبيعا - لأن حكمه ملك الحبس
بالدين ، ليقضى منه الدين ، إذا عجز عن القضاء إلا به ، فلا بد من أن
يكون مالا متقوما .

(١) المباراة في الكفائي (٦ : ١٤٨ : ٤ من أسفل) كما يلي : « للعدل أن يمسك الرهن
بيده ويبيد من يحفظ ماله بيده - وليس له أن يدفعه إلى المرتهن بغير إذن الراهن ولا إلى الراهن
بغير إذن المرتهن ، قبل سقوط الدين ، لأن كل واحد منهما لم يرض بيد صاحبه حيث وضعه في يد
العدل . ولو دفعه إلى أحدهما من غير رضا صاحبه فلا صاحبه أن يسترده ويعيده إلى يد العدل كما كان » -
وذلك بعد قوله (ص ١٤١ - ١٤٢) : « وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض المرتهن » .

(٢) « الرهن » ساقطة من او ح .

(٣) في او ح : « وإن لم » . وفي ب : « ولم » .

(٤) في او ح : « في العقد » .

(٥) « الراهن » من او ح .

(٦) « وإذا مات الراهن ينزل ... عزله » ليست في ب .

(٧) « لا » ليست في او ح .

ولهذا لا يجوز أن يكون المدبر ، وأم الولد ، والمكاتب^(١) ، والحر - رهنا ، لأنه لا يمكن استيفاء الدين من هؤلاء .

وكذلك لا يجوز أن يكون الحُر ، والخنزير - رهنا ، سواء كان العاقدان مسلمين ، أو أحدهما مسلما والآخر ذميا^(٢) ، لأن الرهن للإيفاء والاستيفاء ، وإيفاء الدين من الحُر والخنزير لا يجوز من المسلم ، وكذا الاستيفاء من المرتهن المسلم .

ثم في حق أهل الذمة يجوز الرهن والارتهان بالحُر والخنزير ، لأنهما^(٣) مال عندهم ، ولا يجوز بالميتة والدم ، لأنهما ليسا^(٤) بمال أصلا . وكذا المشاع ، والثمرة المعلقة من الشجرة ، والزرع النابت^(٥) في الأرض - لا يصلح رهنا ، لأنه لا يتحقق فيه التسليم^(٦) .

وأما يبايه ما يجوز أنه يكون مرهونا به - فنقول :

الدين يصلح أن يكون مرهونا به على كل حال ، سواء كان ثمن^(٧) يبيع ، أو ضمان إتلاف ، ونحو ذلك ، لأن الرهن للاستيفاء ، واستيفاء الدين من ثمن الرهن متحقق .

وأما الأعيان المضمونة فعلى وجهين :

(١) راجع في الجزء الثاني : باب أم الولد (ص ٤٠٨ وما بعدها) وباب المدبر (ص ١٢٢ وما بعدها) وباب الكتابة (ص ٤١٨ وما بعدها) .

(٢) « والآخر ذميا » ليست في ا و ب و ح . وفي الاصل : « ذمي » .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل « لأنه » .

(٤) هكذا في ب . وفي الاصل وا و ح : « لأنها ليست » .

(٥) في ب و ح : « الثابت » . (٦) راجع فيما تقدم ص ٥٠ - ٥٢ .

(٧) هكذا في ب . وفي الاصل وا : « بثمن » . وفي ح كذا : « بثمن » .

ما كان منها مضمونا بنفسه ، كالمغصوب - < ف > يجوز الرهن به .
والمضمون بنفسه ما يجب ، عند هلاكه ^(١) ، مثله إن كان مثليا وقيمه إن
لم يكن له مثل .

وأما الأعيان المضمونة بغيرها - فلا يجوز الرهن بها ، كالمبيع في يد
البائع : مضمون بالثمن ، لا بنفسه ، على معنى أن المبيع إذا هلك يسقط
الثمن ، < إذ > ^(٢) لا يجب به - لا كونه شيء على الضامن ويصير به
مستوفيا للدين .

وأما الأعيان التي ليست بمضمونة - كالودائع ، والعواري ، والمستأجر ،
ومال المضاربة ، و ^(٣) الشركة : < ف > لا يجوز الرهن بها ، لأن ماليس
بمضمون لا يصير المرتهن ^(٤) مستوفيا بهلاكه .

ويجوز الرهن بيد الصالح عن دم العمد ، وببدل الخلع ، والمهر ،
لأنها مضمونة بأنفسها ، فإنها إذا هلك يجب مثلها إن كان لها مثل ،
وقيمتها إن لم يكن لها مثل .

ثم إذا هلك الرهن ، والعين المضمونة قائمة في يد الراهن ، يقال له :
« سلم العين التي في يدك » ، وخذ من المرتهن الأقل من الدين ^(٥) ومن

(١) الماء من ب .

(٢) في الأصول واو و ح : « اما لا يجب ٠٠٠ » - راجع الكاساني ، ٦ : ١٤٣ : ٧ .

(٣) « المضاربة و » ليست في ا و ح فقيهما : « ومال الشركة » .

(٤) « المرتهن » من ا و ح .

(٥) المراد بالدين هنا قيمة الدين المضمونة لأنها واجبة بهلاك الدين أو منها (راجع

الكاساني ، ٦ : ١٤٣ : ٣ - ٧) .

قيمة الرهن ، - لأن المرهون مضمون عندنا كذلك .

وإن هلك العين المضمونة قبل هلاك الرهن ^(١) ، فيصير الرهن رهناً بقيمة العين المضمونة ، فإذا هلك الرهن ، بعد ذلك ، هلك بالأقل من قيمته ومن قيمة العين التي كان رهناً بها ^(٢) .

ولا يجوز الرهن بقصاص ، في نفس ^(٣) ، أو فيما دونها ، لأنه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن .

وإن كانت الجناية خطأ ، جاز الرهن بأروشها ، لأنه يمكن ^(٤) الاستيفاء من الرهن .

وأما حكم الرهن

فعدنا ملك العين في حق الحبس ، حتى يكون < المرتهن > أحق بإمساكه ، إلى وقت إيفاء الدين ^(٥) .

وإذا مات الراهن فهو ^(٦) أحق به من سائر الغرماء ، فيستوفى منه دينه ، فمفضل يكون لسائر الغرماء والورثة .

ولهذا لا يجوز للراهن أن يتصرف فيه تصرفاً يبطل حق المرتهن من البيع والائجارة والهبة وغيرها ^(٧) .

(١) في ا و ح : « العين » .

(٢) في ا و ب و ح : « ومن قيمة الرهن الذي كان رهناً » .

(٣) هكذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « في نفسه » .

(٤) في ب : « لا يمكن » .

(٥) أي « ملك حبس المرهون على سبيل الدوام إلى وقت الفك » الكاساني ٦ : ١٤٥ : ٣ .

(٦) أي المرتهن .

(٧) « ولهذا لا يجوز للراهن ... وغيرها » ليست في ب .

ولهذا لا يجوز له أن ينتفع بالرهون ، نوع انتفاع ، من الاستخدام والركوب ، ونحو ذلك .

وكذلك زوائد الرهن : تكون رهناً عندنا و^(١) هو أحق بالامتياز .
ويكون أحق به ^(٢) ، بعد وفاته ، كما في حق الأصل - إلا أن الزوائد غير مضمونة عليه ، حتى لا يسقط ^(٣) الدين بهلاكها ^(٤) .

وليس المرتهن أن يبيع الرهن بدنيه ، إلا إذا سلطه الراهن على بيعه ، أو سلط العدل على ذلك .

فإن أعار المرتهن الرهن من الراهن ^(٥) ، أو الراهن من المرتهن : فإنه يجوز ، ويخرج الرهن من ضمان المرتهن ، وعقد ^(٦) الرهن على حاله ، ولكل واحد منهما أن يبطل العارية ، ويرد <ه> إلى ^(٧) الرهن ، لأن العارية غير لازمة .

وعلى هذا : إذا غصبه غاصب : يخرج عن ضمان المرتهن ^(٨) ، ولكن الرهن قائم - حتى إن المرتهن أن يأخذ <ه> من الغاصب ويرد <ه>

وأما إذا آجره الراهن من المرتهن : <ف> يخرج من الرهن ، ولا يعود أبداً ، لأن الإجارة عقد لازم ، فلا إقدام عليه يكون فسخاً للرهن . وكذلك لو آجر الراهن ، من غير ^(١) المرتهن ، فأجازه المرتهن - أو المرتهن من غيره فأجازه الراهن : جازت الإجارة ويخرج من الرهن ، لما قلنا ^(٢) .

ولو باع الراهن أو المرتهن ^(٣) ، وأجاز صاحبه : فإنه يجوز البيع ، ويصير الثمن رهناً مكانه ، قبض من المشتري أو لم يقبض ، لأن الثمن قائم مقام الرهن ، وإن كان الثمن ^(٤) في ذمة المشتري . ولا يجوز ^(٥) رهن الدين ابتداء ^(٦) ، ولكن يجوز البقاء ^(٧) ، كالعبد الرهن : إذا قتل ، تكون قيمته رهناً ، حتى لو توى الثمن في ذمته ، أو هلك المقبوض : فإنه يهلك من مال المرتهن ، ويسقط الدين بقدره ، كما لو كان في يده .

والمرتهن أن يطالب الراهن بإيفاء الدين مع عقد الرهن ، إذا لم يكن

(١) في ١ : « من غير إذن المرتهن » .

(٢) « أو المرتهن . . . قلنا » من ا و ب و ح .

(٣) « الراهن أو المرتهن » من ا و ب و ح .

(٤) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « والتمن ولأن كان في ذمة المشتري » - انظر

الكاساني ، ٦ : ١٤٦ ، ٨ وانظر الهامش التالي .

(٥) في ا و ح : « لا يجوز » . وفي ب : « فلا يجوز » .

(٦) في ١ : « لا يجوز الرهن به ابتداء » .

(٧) في ا و ح : « بقاء » - ويثبت قول الكاساني (٦ : ١٤٦ : ٦ من أسفل) « وكان

تمنه رهناً سواء قبضه من المشتري أو لم يقبضه . ولو هلك كان الهلاك على المرتهن . وهذا يشكل على الشرط الذي ذكرنا لجواز الرهن وهو أن لا يكون المرهون ديناً والتمن ديناً في ذمة المشتري فكيف يصح رهناً ؟ والجواب أن الدين يصلح رهناً في حال البقاء ولأن كان لا يصح ابتداء ، لأنه في حالة البقاء بدل المرهون ، وبديل المرهون مرهون ، لأنه قائم مقام المرهون كأنه هو ، بخلاف حالة الابتداء » .

مؤجلاً، لأن الرهن شرع لتوثيق الدين، فلا يسقط حق المطالبة إلا^(١) بالأداء.

ويجوز للراهن أن يوكل المرتهن ببيعته، واستيفاء الدين^(٢) منه. ولو قال الراهن «إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وإلا فهو لك»^(٣)؛ لم يجوز، وهو رهن على حاله، لأن التمليك لا يتعلق بالشرط. ولا يجوز للحاكم أن يبيع الرهن بدينه، بعد حلول الأجل، إذا كان مفلساً، عند أبي حنيفة، ولكن يحبس الراهن حتى يبيعه، وعند أبي يوسف ومحمد: يبيعه^(٤) - وهذا فرع^(٥) مسألة الحجز على الحر.

وأما نفقة الرهن فعلى وجهين:

فكل نفقة ومؤونة كانت لمصاحبة الرهن وتبقيته: فعلى الراهن. وكل ما كان لحفظه أو رده^(٦) إلى يد المرتهن، أو ارد جزء منه فات بسبب حادث: فعلى المرتهن.

بيانه أن الرهن - إذا كان حيواناً: فنفقته وكسوته على الراهن. وإن كان الرهن أمة، فولدت: فأجر الظئر على الراهن.

(١) «إلا» من أ و ب و ح.

(٢) في أ و ح: «التمن».

(٣) في أ و ح: «وللا فهو بدينك أو بحقك» . وفي ب: «فهو بدينك أو يقع بحقك».

(٤) في ب: «يجوز».

(٥) كذا في أ و ب و ح. وفي الأصل: «نوع».

(٦) كذا في أ و ب و ح. وفي الأصل: «الرد».

وإن كان الرهن بستاناً فيه أشجار وكرم : فسقيه ، وتلقيح نخله ،
 وجداده ^(١) ، والقيام بمصلحته على الراهن . وكذا الخراج ^(٢) . فأما
 العشر : ففي النخلة ^(٣) والزرع : يأخذه الإمام ، والباقي رهن عنده .
 وكذا ^(٤) أجر الراعى : عليه ، لأنه يحتاج إليه لعلف الحيوان ، فهو
 كالطعام والشراب .

ويستوى الجواب ^(٥) فيه بين أن يكون الرهن مضموناً أو أمانة ، كزوائد
 الرهن أو ما فضل من قيمة الرهن على الدين ^(٦) ، لأن ^(٧) كله ملكه :
 فعليه كفائته وموثته .

وأما ما يحتاج إليه للحفاظ - كأجرة المسكن ، وأجرة الحافظ ،
 وماوى البقر والغنم : فعلى المرتهن .

وكذا ما يحتاج ^(٨) لرد العين إلى يد المرتهن - كجعل الآبق : فعليه ،
 إن كان ^(٩) قيمة الرهن والدين سواء ، وإن كان بمضه أمانة : فعليهما ^(١٠)
 على قدر الأمانة والضمان .

(١) جد النخل جداداً صرمة أى قطع ثمره (المغرب) .

(٢) زاد هنا فى اوب و ح : « عليه » .

(٣) كذا فى اوب و ح . وفى الاصل : « النخلة » .

(٤) « كذا » من ب . وفى ا و ح : « وكذلك » .

(٥) « الجواب » من اوب و ح .

(٦) فى ا و ح : « وما فضل من قيمة الدين » . وفى ب : « وما فضل من الرهن

من قيمة الدين » .

(٨) زاد هنا فى الاصل : « فيه » .

(٩) فى اوب و ح : « لأنه » .

(١٠) فى ا و ح : « فعليه » .

وأما ما يجب لرد جزء من العين إلى يد المرتهن الذي فات بسبب عارض - كدأوة الجراح والقروح والأُمراض : فهو منقسم عليهما^(١) : فما كان من حصة المضمون : فعلى المرتهن ، وما كان من حصة الأمانة : فعلى الراهن .

. . .

وما وجب على الراهن ، ففعله المرتهن ، بغير أمر الحاكم - فهو متبرع فيه . وإن كان بأمره : يرجع به على الراهن^(٢) .

وكذا ما وجب على المرتهن ، فأداه الراهن ، بغير أمره - فهو متبرع .

. . .

ثم للراهن أن يمتنع^(٣) من إيفاء الدين عند محل الأجل ، حتى يحضر المرتهن الرهن ، لأنه ربما يكون هالِكاً أو غائباً . فإذا أحضر الرهن يقال للراهن^(٤) : « سلم الدين إليه أولاً ثم اقبض الرهن » ، حتى يتعين حقه ، فيكون عيناً بعين ، كما في البيع .

. . .

ولو جنى المرتهن ، على الرهن ، أو غيره ، جنابة^(٥) : يجب عليه قيمته ، أو مثله إن كان الرهن مثلياً . ثم إن لم يكن الدين حالاً : يكون رهناً

(١) « عليها » من أ و ح .

(٢) « به على الراهن » ليست في أ و ب و ح .

(٣) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « يمتنع » .

(٤) في ب : « فإذا أحضر الراهن الرهن يقال للمرتهن » - والصحيح : « فإذا أحضر

المرتهن الرهن يقال للراهن » - كما هو واضح .

(٥) « جنابة » من ب . ولعل الأوضح أن يقال : « ولو جنى المرتهن ، أو غيره ،

على الرهن ، جنابة » .

مكانه^(١)، وإن كان الدين حالاً أو حل: فإن كان مثله دينه في الجنس والصفة، يصير المرتهن^(٢) مستوفياً لدينه. وإن كان هو^(٣) المتلف: يصير قصاصاً، بقدر الدين، ويترادان الفضل.

وإن كان الرهن عبداً، فغنى على إنسان، خطأ - فإن ضمان الجناية على المرتهن، ويقال للمرتهن أولاً: « افد العبد عن أرش الجناية » - وإما مخاطب هو بذلك أولاً، لما أن فيه إبقاء حقه، وهو الرهن، لأنه إذا فدى ظهر العبد عن الجناية، فجعل كأن الجناية لم تكن، فيبقى الدين والرهن^(٤) على حاله. ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء، لأنه أصلح الرهن باختياره. وليس المرتهن أن يدفع العبد بحال، لأن الدفع تملك الرقبة، وهو لا يملك تملك مال الغير بغير إذنه.

وإن لم يفد وأبى ذلك، يقال للراهن: « ادفع أو افده » - فأيهما اختار: بطل الرهن والدين، لأن عين العبد، أو بدله، وهو الفداء، صار مستحقاً بسبب كان عند المرتهن، فجعل كأنه هلك الرهن^(٥).

ولو استهلك العبد المرهون مال إنسان، وذلك يستغرق الرقبة: فإن أدى المرتهن الدين^(٦)، الذي لزم العبد المرهون^(٧): بقى^(٨) الرهن

(١) في ١: « تكون قيمة الرهن مكانه » وفي ٢: « يكون الرهن مكانه ».

(٢) « المرتهن » من ١ و ٢.

(٣) في ١ كذا: « وإن كان الرهن هو » وفي ٢ كذا: « وإن كان الدين هو ».

انظر الكاساني، ٦: ١٦٣ وما بعده.

(٤) في ١ و ٢ و ٣: « في الرهن » وفي ٤: « فيبقى الرهن في الرهن ».

(٥) راجع الكاساني، ٦: ١٦٦ (٦) « الدين » من ١ و ٢ و ٣.

(٧) « المرهون » من ٤. (٨) هكذا في ١ و ٢ و ٣. وفي الأصل: « فبقى ».

والدين على حاله ، وفرغ العبد عن الدين . وإن أبى أن يؤدي الدين : قيل للراهن : « بعه في دينه أو اقض دينه » - فإن قضى دينه : بطل دين المرتهن على الراهن ، ويخرج العبد عن الرهن ، لأنه استحق بسبب كان عند المرتهن ، فيكون عليه . وإن لم يقض دين العبد : يباع العبد في الدين الذي لحقه ، فيأخذ صاحب دين العبد دينه ^(١) . ويبطل بمقدار ذلك من دين المرتهن : فإن ^(٢) كان دين المرتهن أقل : كان ^(٣) ما بقى من ثمن العبد للراهن ، وإن كان دين المرتهن أكثر من دين الغريم : استوفى المرتهن ما بقى من دينه ، وما فضل من ثمن العبد للمرتهن إن كان الدين حل ، وإلا أمسك ما فضل رهناً في يده إلى أن يحل الدين فيأخذه قصاصاً ^(٤) بدينه .

ولو رهن عبدان أو ثوبين ، بألف درهم ، كل واحد منهما بخمسمائة ، فأدى خمسمائة لم يكن له أخذ واحد منهما ، حتى يؤدي كل الدين . وكذلك في العبد الواحد - لأن كل جزء من الرهن محبوس بكل الدين ، فما لم يقبض ^(٥) الكل ، يكون له حق حبس الكل .

وإن كان الرهن شيئين أو أكثر ، فإنه ينقسم ^(٦) الدين عليهما ، على قدر قيمتهما يوم القبض ، لأنه صار مضموناً بالقبض .

(١) في ب : « فيأخذ صاحب الدين العبد في دينه » .

(٢) القاء من أ .

(٣) كذا في أ . وفي الأصل و ح « فكان » . وفي ب : « ولأن كان » .

(٤) في أ و ح : « قضاء » .

(٥) في ب : « فما لم يقبض » .

(٦) أى في حالة هلاك أحد الشيئين في يد المرتهن .

ولو زاد في الرهن شيء^(١)، بأن ولدت الائمة المرهونة ولداً، أو نحو ذلك، فإنه ينقسم الدين^(٢) على الاصل يوم القبض، وعلى الزيادة يوم الفكك، لأن الزوائد لا تكون مضمونة، وإن كانت محبوسة إلى يوم الفكك.

ثم الزيادة في الرهن جائزة عندنا: خلافاً للزفر، كالزيادة في^(٣) المبيع، وينقسم الدين عليهما جميعاً، ويعتبر قيمة الاصل يوم قبضه^(٤)، ويعتبر قيمة الزيادة يوم الزيادة^(٥).

فأما الزيادة في الدين: < ف > لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وعند أبي يوسف: تجوز - وهذه المسألة من مسائل الخلافات.

ولو استعار من رجل شيئاً ليرهنه بدينه، فأعاره منه، مطلقاً، ليرهنه: فله أن يرهنه، بأي صنف^(٦) من الدين، وبأي قدر: قليلاً أو كثيراً، لأن هذا بمنزلة الإذن له بقضاء الدين من مال هو عنده وديعة، وقد أذن^(٧) مطلقاً، فيجب العمل بإطلاقه.

وإن سمي له قدراً أو إنساناً، بعينه أو في بلد بعينه - فليس له أن يفعل بخلافه، ولو فعل كان^(٨) لصاحبه أن يأخذ الرهن، لأنه لم يأت بما أمر

(١) كذا في ا و ح . وفي الاصل وب : « شيئاً » . راجع ص ٥٧ .

(٢) هكنا في ا و ح . وفي الاصل وب : « الثمن » .

(٣) « في » من ا وب و ح . (٤) في ا : « يوم القبض » .

(٥) « يوم الزيادة » ساقطة من ح . (٦) في ا و ح : « بأي صفة » .

(٧) زاد هنا في ا و ح : « له » . (٨) « كان » من ا و ح .

به ، فلم يصح الرهن ، فإن عجز الراهن عن قضاء الدين ، فقضاء المعير :
 فله أن يرجع ، ولا يكون متبرعا ، لأنه مضطر في ذلك لو صوله إلى ماله -
 بمنزلة الوارث : إذا قضى دين الميت لتسلم له التركة : يرجع ^(١) في
 التركة ، لما قلنا .

ولو رهن عبدا من إنسان ، ثم جاء برهن آخر حتى يكون مكان
 الأول ، وقبل المرتين الرهن الثاني - جاز ، ويصير الثاني هو الرهن
 إذا ^(٢) قبض ^(٣) الراهن الأول ، لأنه ما ^(٤) رضى بالجمع بينهما رهنا ،
 ولا يصير الثاني رهنا إلا بعد انفساخ الأول ، ضرورة عدم الجمع . وإنما
 تقع ^(٥) الضرورة إذا قبض الأول . فأما إذا لم يقبض : بقى الأول
 رهنا دون الثاني ، حتى لو هلكا : يكون الثاني أمانة . والأول هلك بدينه ^(٦) .

ولو أعتق الراهن العبد المرهون : ينفذ عتقه ^(٧) عندنا ، خلافا للشافعي -
 وهي مسألة معروفة ^(٨) .

(١) في ح : « ويرجع » .

(٢) في ا و ح : « لكن إذا » .

(٣) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « قبضه » .

(٤) في ا و ح : « لما » .

(٥) « تقع » من ا و ب و ح والذي فيها : « يقع » .

(٦) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فالأول بدينه » .

(٧) « عتقه » من ا و ح .

(٨) زاد في ب : « والله أعلم » .

كتاب

الشفعة

يحتاج^(١) فيه إلى :

بيان ما تجب به الشفعة ،

وإلى بيان شرائط الوجوب ،

وإلى بيان كيفية الوجوب ،

وإلى بيان الأحكام المتعلقة بالشفعة .

أما الأول - فنقول :

سبب استحقاق الشفعة أحد الأشياء الثلاثة : الشراكة في البقعة ،
والشراكة في الحقوق ، والجوار على سبيل الملاصقة - وهذا عندنا .

وعند الشافعي : لا يستحق إلا بالشراكة في البقعة - وهي مسألة معروفة .

ثم إنما تستحق الشفعة بها على الترتيب : فالشريك^(٢) في البقعة أولاً^(٣) ،
ثم الشريك في الحقوق ، ثم الجار الملاصق^(٤) - لأن الشفعة إنما تجب
للدفع ضرر الدخيل عن الأصل ، والضرر على هذا الترتيب في العرف .

(١) في ح و ا : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) « فالشريك » ساقطة من ا .

(٣) كذا في ب . وفي الأصل و ح و ا : « أولى » .

(٤) انظر الهامش التالي .

فإن سلم الشريك في البقعة : تثبت للشريك في الحقوق وإن سلم هو : تثبت^(١) للجار الملاصق^(٢) .

ولا يثبت للجار^(٣) المقابل ، لأن ضرره دون ضرر هؤلاء ، والشرع ورد بالشفعة في حق هؤلاء ، فلا يقاس عليهم غيرهم مع التفاوت في الضرر .

وأما شرائط الوجوب

فمنها - عقد المعاوضة^(٤) عن^(٥) المال بالمال : فإنها لا تجب به - هذه الأسباب إلا عند عقد البيع أو ما هو في معناه من : الصلح ، والهبة بشرط العوض إذا وجد قبض البدلين ، فأما إذا قبض أحدهما دون الآخر ، فلا شفعة - وهذا عندنا ، خلافا لزمفر : إنها^(٦) تجب بنفس العقد - وهذا فرع مسألة بينهم : أن الهبة بشرط العوض : عقده^(٧) عقده هبة ، وجوازه جواز البيع ، فما لم يتقابضا لا يكون في معنى البيع . وعنده : عقده^(٨) عقده بيع - وهي مسألة كتاب الهبة .

واو وهب ثم عوض بعد العقد : فلا يجب الشفعة فيه ، ولا فيها هو^(٩)

(١) « فإن سلم الشريك في البقعة ... سلم هو تثبت » وردت في ح سابقة على هذا الموضع إذ جاءت بين « ثم الجار الملاصق » وبين « لأن الشفعة إنما تجب » . وانظر الما ش السابق والتالي .

(٢) في ب : « فإن سلم ثبت الخيار للملاصق »

(٣) في ب : « ولا يثبت الخيار للجار » .

(٤) في ا و ب و ح : « معاوضة » .

(٥) كذا في ح و ا . وفي الأصل : « عين » وفي ب كذا : « غير » .

(٦) في ح : « لأنها »

(٧) و (٨) في ح : « عقدها » .

(٩) « هو » ليست في ب .

عوض عنه ، بأن جعل^(١) العوض دارا ، لأن هذا ليس فى معنى البيع ، لأنه ليس بمشروط فى العقد .

ولهذا لا يجب فى المملوك بمقابلة المنافع ، بأن جعل الدار مهورا أو أجرة .
ولهذا لا يجب فى الدار^(٢) المملوكة^(٣) بغير بدل ، كالهبة والصدقة والوصية ، أو يبدل ليس بمال ، كبذل الخلع والصلح عن دم العمدة .

ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله : إن من تزوج امرأة على دار على أن ترد عليه ألفا ، فلا شفعة فى شئ من الدار . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : تجب الشفعة .

واستحقاق الشفعة^(٤) فى البيع بشرط الخيار قد ذكر فى البيوع^(٥) .
وفى البيع^(٦) الفاسد : إذا ملك عند القبض لا^(٧) يستحق الشفعة مالم^(٨) يبطل حق الفسخ ، إما لاتصال المبيع بزيادة ، أو بزوال ملك المشتري ، لأن حق الفسخ^(٩) ثبت لحق الشرع .

وإذا أخذ الشفيع المشتري شراء فاسدا بالشفعة : يأخذه^(١٠) بقيمة يوم

(١) فى ح و ا : « جملا » .

(٢) « المملوك بمقابلة المنافع ... لا يجب فى الدار » ليست فى ح و ا .

(٣) التاء من ا و ت و ح .

(٤) « الشفعة » ساقطة من ح و ا .

(٥) راجع فيما تقدم ص ١١٣ من الجزء الثانى .

(٦) « وفى البيع » من ا و ت و ح .

(٧) « لا » ليست فى ا و ح . وانظر الهامش التالى .

(٨) فى ح و ا : « عند القبض يستحق الشفعة واستحقاق الشفعة فى البيع مالم » .

(٩) فى ا و ح : « لأن حق المشتري حق الفسخ » .

(١٠) الها . من ا و ح .

قبض^(١) ، لأن القيمة فيه^(٢) بمنزلة الثمن في الشراء^(٣) الصحيح .

ومنها - أن يكون المبيع عقارا أو في معناه :

وقال مالك: يثبت في المنقول الذي < هو > نظيره، وهو السفن^(٤) .
ولهذا قال : إذا بيعت^(٥) الضيعة بيقرها وممالك يعملون فيها - يجب
الشفعة في الكل .

وعندنا : لا يستحق فيما^(٦) ليس بعقار من البقر والعيبد .
وأصله ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال^(٧) : « لا شفعة إلا في
ربيع^(٨) أو حائط » .

ويستوى الجواب عندنا في^(٩) العقار الذي تجوز قسمته والذي لا تجوز
قسمته ، كالحمام والرحى والبئر والنهر والدور الصغار^(١٠) .

وعند الشافعي : لا يجب فيما لا يقسم .
وإذا بيع^(١١) سفل عقار دون علوه ، أو علوه دون سفله : تجب الشفعة -

(١) في ا و ب و ح : « يوم قبض المشتري » .

(٢) « فيه » ليست في ب .

(٣) « الشراء » من ا و ح . وانظر فيها يلي ص ٧٤ .

(٤) في المدونة (١٤ : ١٠٨) أنه لاشفعة في السفن .

(٥) في ا : « وهذا إذا قال : بعت » . وفي ح : « وهذا قال : بيعت » .

(٦) في ب : « ما » .

(٧) « أنه قال » من ا و ب و ح .

(٨) الرّبيع هو الدار حيث كانت - وجمعه رباع وربوع (المغرب) .

(٩) « في » من ا و ب و ح .

(١٠) في ب : « الصغار » . وفي ح : « والدور والحفائر » . وفي ا : « والدور والصغار » .

(١١) « بيع » من ا و ب و ح .

أما في بيع السفلى: فلا^(١) يشكل، لأنه عقار. وأما في^(٢) بيع العلو وحده: <ف> قياس واستحسان، لأنه^(٣) ليس بعقار ولكن في معناه، لأن حق التعلی يتعلق بالبقعة^(٤)، على التأييد، فهو بمنزلة البقعة .

وأما بيان كيفية الوضوب - فنقول :

إن حق الشفعة يجب على طريق الفور ، عندنا ، نظرا من الجانبين .
وعند الشافعي : يجب وجوبا مؤبدا .

واختلفت الرواية^(٥) في تفسير الفور : في بعضها : أنه إذا علم بالبيع^(٦) ينبغي أن يطلب الشفعة ساعئذ ، فإذا سكت ولم يطلب ، بطلت شفعته . وفي بعضها : أنه على المجلس - فإن محمدا ذكر في «الأصل» : « إذا بلغ الشفيع البيع : إن لم يطلب الشفعة^(٧) مكانه : بطلت الشفعة » .
وذكر الكرخي أن هذا ليس باختلاف رواية ، وإنما هو على^(٨) المجلس ، كخيار الخيرة والقبول^(٩) .

ثم الطلب نوعان :

-
- (١) الفاء من ا و ح .
 - (٢) « في » من ب .
 - (٣) زاد هنا في ح و ا : « إن كان » .
 - (٤) « بالبقعة » ليست في ا و ب و ح .
 - (٥) في ا و ح : « الروايات » .
 - (٦) في ب : « بالشفعة » .
 - (٧) « الشفعة » من ب .
 - (٨) في ب : « في » .
 - (٩) راجع في الجزء الثاني : خيار القبول من ٤٠ وما بعدها ، وخيار الخيرة من ٢٧٩ - ٢٨٨ وخاصة من ٢٨١ . وانظر الصفحة التالية .

أحدهما : طلب موثبة . وهو ما ذكرنا : فكما علم يبيع الدار يطلب الشفعة^(١) فيقول : « طلبت^(٢) الشفعة وأنا طالبها » أو قال : « ادعيت الشفعة وأنا على شفعتي » ، ويشهد على ذلك ، حتى يتأكد الوجوب ، بالطالب على القور . ويعلم أنه ليس بمُعْرِض ، حتى يحصل المطالبة من الخصم بعد ذلك . من غير اشتغال بشيء ، مع القدرة على المطالبة .

وليس الاِشهاد بشرط لصحة الطلب ، ولكن للتوثيق^(٣) - حتى إذا أنكر المشتري طلب الشفعة حين علم^(٤) فيقول : « لم تطلب الشفعة حين علمت^(٥) » بل تركت الشفعة^(٦) وقت عن المجلس ، والشفيع يقول : « طلبت » - فالقول قول المشتري ، فلا بد من الاِشهاد وقت الطلب ، توثيقا لحقه . ولو لم يكن الشهود حاضرين ، فبعت في طلبهم ، ومكث في المجلس ، لا تبطل شفيعته ، كما في خيار الخيرة^(٧) .

وعن أبي بكر الرازي^(٨) أنه قال : إذا طلب الشفعة ثم قام عن المجلس^(٩) إلى الشهود ، وأشهدهم على ذلك - جاز ، لأن الطالب يحتاج إليه ، لثبوت

(١) في ب : « بطلت شفيعته » .

(٢) في ا و ح : « أطلب » .

(٣) كذلك في ب و ا . وفي الأصل : « التوثيق » . وفي ح : « لتوثيق » .

(٤) « علم » ساقطة من ح . وفي ا : « حين ذلك فيقول » .

(٥) « علمت » من ا و ب و ح .

(٦) في ا و ب و ح : « تركت الطلب » .

(٧) راجع في الجزء الثاني ص ٢٧٩ - ٢٨٨ وخاصة ص ٢٨١ . وراجع الصفحة السابقة .

(٨) راجع ترجمته في الهامش ٥ ص ٢٠٦ من الجزء الأول .

(٩) « عن المجلس » ليست في ا و ح .

الشفعة ، فيما بينه وبين ربه ، والشهود يحتاج إليها ، للتوثيق الذي ذكرنا .

والطلب الثاني: المطالبة من الخصم - لأن المطالبة لا بد لها من مطالب ومطلوب .
فإن كان المبيع لم يقبض بعد : فالشفيع بالخيار بين مطالبة البائع أو المشتري أو الطلب عند المبيع و^(١) إلا شهادة عليه - لأن المشتري مالك ، والبائع صاحب يد ، فيصح من الشفيع الخاصة معهما النقل الملك واليد . فأما المبيع^(٢) > فمتعلق الشفعة به ، فيقوم الطلب عنده مقام الطلب منهما^(٣) ، باعتبار الحاجة .
فأما إذا كان المبيع في يد المشتري : لم يصح إلا شهادة على البائع ، لأنه خرج من أن يكون خصما ، لزوال يده وملكوته^(٤) ، ولكن له الخيار في إلا شهادة على المشتري أو عند العقار .

ثم ما ذكرنا من الاختيار إذا كان الشفيع حاضرا ، عند وقوع البيع ، بحضرة الدار والبائع^(٥) والمشتري .

وأما إذا عقد البيع في غير الموضع الذي^(٦) فيه الدار ، والشفيع حاضر^(٧) ، فلم يطالبها بالشفعة^(٨) ، وحضر موضع الدار وأشهد ثم : بطلت^(٩) ،

(١) في ب : « أو » .

(٢) في ح و ا : « فأما إذا كان المبيع » . وفي ب : « فأما البيع » .

(٣) في ب : « منها » .

(٤) « وملكوته » ليست في ا و ح .

(٥) « والبائع » ليست في ا .

(٦) « الذي » ليست في ح .

(٧) « حاضر » ليست في ح .

(٨) في ا و ح : « فلم يطالبها » . وفي ب : « فلم يطالبها بالشفعة » .

(٩) في ح : « وأشهد ثم طاب بطلت » .

شفعته ، حيث ترك المطالبة مع القدرة عليها^(١) .

وإن كان الشفيع غائبا عن مجلس البيع ، فعلم ، فحضر موضع الدار ، ولم يطلب الشفعة ، وذهب حتى^(٢) يجد البائع أو المشتري^(٣) : تبطل شفعته ، لأنه ترك الطلب مع القدرة عليه .

فأما إذا بيعت الدار في المصر الذي هي^(٤) فيه ، والشفيع في مصر آخر ، فعلم بذلك : فالجواب^(٥) في حقه والجواب في حق الحاضر سواء : في أنه يطلب على الفور ، ويشهد ، ثم يشتغل بالطلب من البائع أو^(٦) المشتري ، أو الإيـشهاد عند الدار - إلا أن له الأجل بمقدار المسافة التي بينه وبين المصر الذي وقع فيه البيع من المتعاقدين ، حتى يذهب إليه بنفسه فيطلب الشفعة ، أو يبعث^(٧) وكـيلا لطلب الشفعة والإيـشهاد عليه ، وذلك الأجل من وقت العلم بالبيع وطلب^(٨) الموائبة . فإذا مضى الأجل ، و^(٩) لم يذهب بنفسه ، ولا بعث وكـيلا لمطالبته الشفعة - تبطل شفعته .

وإذا وجد كلا الطرفين ، وصح الإيـشهاد على الوجه الذي ذكرنا ، فبعد^(١٠)

(١) « عليها » من ا و ح . وهي ليست في ب . وفي الأصل : « عليه » .

(٢) « حتى » ليست في ب .

(٣) في ح و ب : « والمشتري » .

(٤) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « هو » . وانظر مايلي في المتن .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « والجواب » .

(٦) في ح : « و » .

(٧) « أو يبعث » ليست في ب . وفي ح : « أو يبعثا » .

(٨) في ب : « فطلب » .

(٩) الواو ليست في ب .

(١٠) في ب : « فبعد » .

ذلك له أن يشتغل بالمرافعة^(١) إلى باب القاضى والخصومة ، لأخذ الدار بالشفعة .
فإن كان المبيع فى يد البائع : فالقاضى^(٢) يحضر البائع والمشتري جميعا ،
ولا يقضى له بالشفعة حتى^(٣) يحضرا ، لكونهما خصمين : أحدهما
بيده ، والآخر بملكه ، لأن القضاء لا يجوز بدون حضرة الخصم .

وإن كان المبيع فى يد المشتري : فالقاضى^(٤) يحضره لا غير ، ويقضى عليه ،
لأن البائع خرج من أن يكون خصما لزوال يده .

فإذا قضى القاضى بالشفعة ، والدار فى يد البائع : انتقض البيع الذى بينه
وبين المشتري ، وينعقد البيع بينهما فى المشهور من الرواية ، وينتقل الصفقة إليه .
وروى عن أبى يوسف أن البيع لا ينتقض .

فعلى الرواية المشهورة : يسلم الشفيع الثمن إلى البائع ، ويكون عهدة
الشفيع على البائع ، وهى^(٥) الرجوع بالثمن عند الاستحقاق ، ويرجع المشتري
على البائع بالثمن إن^(٦) نقده .

ثم الشفيع يأخذ الدار بالثمن الذى وقع عليه البيع ، من الدراهم
والدنانير والمكيل والموزون فى الذمة ، لأن تلك الصفقة^(٧) انتقلت إليه .
وإن كان الثمن من العروض فيأخذ بقيمته^(٨) .

(١) فى ١ : « بالمداغة » .

(٢) كذا فى اوب و ح . وفى الاصل : « والقاضى » .

(٣) « حتى » من اوب و ح .

(٤) كذا فى اوب و ح . وفى الاصل : « والقاضى » .

(٥) فى اوب و ح : « وهو » .

(٦) فى ا و ح : « الذى » .

(٧) فى ح و ا : « الصفقة » .

(٨) راجع فيما تقدم ص ٦٨ - ٦٩ .

ثم القاضى يقضى بالشفعة سواء أحضر الشفيع الثمن أو لا ، في المشهور من الرواية عن ^(١) أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، ويأمر الشفيع بتسليم الثمن إليه للحال ، فإن لم يسلم : يحبس . ولا ينقض الاخذ بالشفعة - لأنه بمنزلة الشراء . فإن طالب منه : حتى يذهب ويحضر الثمن - فالقاضى ^(٢) لا يحبس ، لأنه لم يوجد منه المطل ^(٣) . وإن طالب الأجل يوماً أو يومين : فالقاضى يؤجله ، إن رضى الخصم ، وإلا فيحبسه .

وقال محمد : لا ^(٤) ينبغي للقاضى أن يقضى بالشفعة حتى يحضر ^(٥) الثمن . فإذا أحضر الثمن يقضى بالشفعة ، ويأمر الشفيع بتسليم الثمن ^(٦) إلى المشتري ^(٧) . فإن قضى القاضى ^(٨) له بالشفعة ، قبل إحضار ^(٩) الثمن و ^(١٠) أمر الشفيع بدفع الثمن إليه من ساعته فقال : « لا أنقده إلى يوم أو يومين » أو « إلى شهر » ، وأبى المشتري أن يقبل ذلك ، لا يفسخ قضاؤه ^(١١) ولا ينقض الاخذ بالشفعة ، ولكن يحبس .

(١) فى ا و ح : « عند » .

(٢) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « والقاضى » .

(٣) فى ا و ب و ح : « لأن هذا لم يوجد منه المطل » .

(٤) « لا » ليست فى ح .

(٥) « يحضر » من ا و ب و ح .

(٦) « الثمن » ليست فى ح و ا .

(٧) قال الكاسانى (٥ : ٢٤٤ من أسفل) : « وهذا عندى ليس باختلاف على الحقيقة . وللقاضى أن يقضى بالشفعة قبل إحضار الثمن بلا خلاف ، لأن لفظ محمد رحمه الله : « ليس ينبغي للقاضى أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال » لا يدل على أنه ليس له أن يقضى بل هو إشارة إلى نوع احتياط ... ولهذا لو قضى : جاز وقد قضاؤه - نص عليه محمد ... الخ » . وانظر ما بلى فى المتن .

(٨) « القاضى » من ا و ح . (٩) « إحضار » ليست فى ح و ا .

(١٠) فى ح : « أو » . (١١) فى ا و ب و ح : « قضاؤه » .

والاحتياط من القاضى أن لا يقضى بالشفعة مالم^(١) يؤجل للشفيع أجلا ويقول له: « إن لم تأت^(٢) بالثمن إلى هذا الأجل فلا شفعة لك » - حتى إذا امتنع وفرط فى الأداء : تبطل شفעתه . فأما ، بدون ذلك ، إذا قضى بالشفعة : لا تبطل شفעתه . ، بالتأخير .

ولو أن الشفيع^(٣) ، بعد وجود الطلبين والائشهاد ، إذا أخرج المرافعة إلى باب القاضى ولم يخاصم هل تبطل شفעתه ؟ فقد اختلفت الروايات عن أصحابنا ، والحاصل أن عند أبى حنيفة رحمه الله : لم تسقط الشفعة^(٤) ، بالتأخير بعد الايشهادين ، إلا أن يسقطها^(٥) بلسانه فيقول : « تركت^(٦) الشفعة » . وهو إحدى الروايتين عن أبى يوسف . وفى رواية أخرى عنه : إذا ترك المخاصمة إلى القاضى فى زمان يقدر على المخاصمة فيه : بطلت شفעתه - ولم يوقت . وقال^(٧) محمد وزفر : إذا أخرج المطالبة بعد الايشهاد شهرا من غير عذر : بطلت شفעתه^(٨) .

وعن الحسن^(٩) أنه قال : وهذا^(١٠) قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف وزفر - وبه نأخذ .

-
- (١) « لم » ليست فى ا و ح .
 (٢) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « يأت » .
 (٣) « فأما بدون ذلك ... أن الشفيع » ليست فى ح .
 (٤) « عن أصحابنا ... لم تسقط الشفعة » ليست فى ح و ا .
 (٥) فى ب : « يسقطها » . وفى ا : « اسقط » . وفى ح : « سقط » .
 (٦) فى ا كذا : « لم أترك » . وفى ح كذا : « لم ترك » .
 (٧) فى ح : « وروى » . وانظر الهامش التالى .
 (٨) « ولم يوقت ... عذر بطلت شفעתه » ليست فى ب .
 (٩) إله الحسن بن زياد ، صاحب أبى حنيفة ، المتوفى سنة ٢٠٤ هـ . (راجع
 الاسكنوى ، ٦٠ - ٦١)
 (١٠) فى ب : « وهو » .

وذكر الكرخى أنه إذا حال بين الشفييع وبين الإِشهاد، عند الدار أو على البائع أو المشتري، حائل لا يستطيع الشفييع^(١) أن يصل إلى ذلك معه ولا أن يبعث^(٢) وكَيْلا: فهو على شفيعته إلى أن يزول الحائل، المانع له، ثم يعود الأمر بينهم على ما ذكرنا، لأن ترك المطالبة، مع المانع، لا يدل على الإِعراض - ولهذا قالوا: إن حق الشفعة يجب عند البيع، ويتأكد بالطلب، ويثبت الملك به بقضاء القاضى أو بالتراضى من الخصمين.

وأما الدُومم

فكثيرة - نذكر بعض المشهور منها :

فمن ذلك - بيان ما تبطل به الشفعة وما لا تبطل، مما يحدث من الشفييع .
بيان ذلك :

— إذا اشترى الرجل دارا لها شفييع فساوم^(٣) الشفييع المشتري فى^(٤) الدار، لنفسه أو^(٥) لغيره، أو سأله أن يوليه إياها^(٦)، أو يشركه فيها^(٧)، أو يؤجرها منه، أو كانت أرضا فطالب منه المزارعة، أو تخللا أو^(٨) كر ما فسأله المعاملة - وذلك كله بعدما علم بالشراء: فذلك كله تسلیم للشفعة^(٩)، لأن هذا

(١) « الشفييع » من ا و ب و ح .

(٢) فى ا و ح : « ينصب » .

(٣) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « فساومه » .

(٤) « فى » ليست فى ا و ح .

(٥) فى ب و ح : « و » .

(٦) أى يملكه المبيع بمنال الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان - وهذا هو بيع

التولية - راجع فى الجزء الثانى ص ١٥٤ و ١٦١ وما بعدها . وفى هذا الجزء ص ٢٠ - ٢١ .

(٧) الإِشراك هو التولية فى بعض المبيع من النصف والثلث وغير ذلك (راجع ح ٢ ص

١٥٥ . و ح ٣ ص ٢٠ - ٢١) .

(٨) فى ب : « و » . (٩) « أو تخللا ... تسلیم للشفعة » ساقطة من ا و ح .

دلالة إلا عراض عن طلب الشفعة، لأن حكمها ينافي حكم أخذ^(١) الدار بالشفعة.

— ولو باع الشفيع داره التي يشفع بها، بعد الشراء، للمشتري :
تبطل شفعته، سواء علم بالشراء أو لم يعلم، لأنه بطل الجوار، الذي هو
سبب الاستحقاق، قبل أخذ الدار بالشفعة.

— ولو سلم الشفعة قبل البيع، لا يكون تسامياً، لأن الشفعة لم تثبت
بعد، فلا يصح إبطاله.

ولو سلم بعد الشراء : تبطل الشفعة، سواء علم أو لم يعلم، بخلاف
المساومة والاستئجار^(٢).

— ولو أخبر الشفيع أن^(٣) الشراء بألف درهم، فسلم الشفعة، ثم ظهر أن
الثمن أكثر، أو أقل، أو على خلاف جنسه—فلا أصل في هذه المسائل أنه إذا
لم يحصل غرض الشفيع على الوجه الذي سلم : لم يصح التسليم، وإن حصل—صح :
<ف> إذا ظهر أن الثمن أكثر مما أخبر به : لم يبطل التسليم، لأن
الشفيع إذا لم يصلح^(٤) له الشراء بالألف، فأولى أن لا^(٥) يصلح^(٦) بأكثر
منه، فلا يفوت غرضه بما ظهر بخلاف ما أخبر.

ولو ظهر أن الثمن أقل : لا تبطل الشفعة، لأن التسليم يكون لكثرة

(١) « أخذ » ساقطة من ح .

(٢) أى فيشترط العلم بالشراء - راجع المسألة الأولى ص ٧٧ - ٧٨ .

(٣) « أن » من ا و ب و ح .

(٤) في ا و ب : « لم يحصل » .

(٥) « لا » ساقطة من ح .

(٦) في ب : « لا يحصل » .

الثلث عندده ، وأنها لاتساوى بها ، ويصلح له الدار^(١) بالآقل .

— ولو أخبر أن الثمن ألف درهم فإذا هو مائة دينار : فإن كان قيمتها ألف درهم^(٢) أو أكثر : صح التسليم ، وإن كان أقل : فله لشفعة ، عندنا ، خلافا لرفر ، لما قلنا .

— ولو أخبر أن الثمن ألف درهم^(٣) أو مائة دينار ثم ظهر أنها بيعت بمكيل أو موزون قيمته^(٤) مثل ذلك أو أقل : فتسليمه باطل ، لأنه يجوز أن يكون سلم ، لأنه لا يقدر على ذلك الجنس الذى أخبر ، وهو يقدر على الجنس الذى^(٥) بيعت به^(٦) .

— وكذا إذا أخبر أنها بيعت بالحنطة ثم ظهر أنها بيعت بشعير قيمته مثل الحنطة^(٧) أو أقل : فله الشفعة ، لما ذكرنا .

— ولو أخبر أن الثمن دراهم أو دنانير ، ثم ظهر أن الثمن^(٨) عرض من العروض الذى تجب الشفعة بقيمته : فإن كان مثله أو أكثر : فالتسليم صحيح ، وإن كان أقل : <ف> لا يصح ، لأن القيمة دراهم أو^(٩) دنانير .
— وإن أخبر أنها بيعت بعرض ثم ظهر أنها بيعت بجنس آخر من العروض : فهو على شفעתه لما ذكرنا .

(١) « له الدار » ليست فى ا . وفى ح : « ويصلح لهنه الدار » .

(٢) « درهم » من ح و ا .

(٣) « درهم » من ا و ب .

(٤) « قيمته » ليست فى ا و ح .

(٥) « الذى » من ا و ب و ح .

(٦) « به » من ا . وفى ب : « سمعت به » .

(٧) فى ح و ا : « قيمته أكثر من ذلك الحنطة » .

(٨) « دراهم ... أن الثمن » ليست فى ا و ح . (٩) فى ح : « و » .

— ولو بلغه أنها بيعت نصفها^(١)، فسلم، ثم ظهر أنه باع الكل^(٢) : فله الشفعة .
وإن كان على عكس هذا : فلا شفعة له^(٣) ، لأن الإنسان ربما لا يرضى
مع الشريك ، فكان التسليم بناء عليه ، ويرضى بالدار كلها^(٤) .
وفي رواية : الجواب على ضد ما ذكرنا .

— ولو أخبر أن المشتري زيد، فسلم^(٥)، ثم ظهر^(٦) أنه عمرو : فله الشفعة .
وإن كانا^(٧) قد اشترياها جميعا ، أخذ نصيب الذي لم يسلم الشفعة فيه ،
لأن الإنسان قد^(٨) يرضى بشركة واحد^(٩) ولا يرضى بشركة غيره .
— ولو اشترى الرجل دارا صفقة واحدة ، فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها
دون بعض ، أو يأخذ ما يليه من الدار — ليس له ذلك ، وإنما له أن يأخذ
الكل أو يدع ، لأن فيه تفريق الصفقة على المشتري .

— ولو اشترى دارين ، صفقة واحدة ، فأراد شفيعهما^(١٠) أن يأخذ
إحدهما^(١١) ويترك الآخرى : فليس له ذلك ، سواء كانت الداران
متلاصقتين أو لا ، وسواء كانتا في مصر واحد أو في^(١٢) مصرين ، لأن
فيه تفريق الصفقة على المشتري .

(١) في ح و ا : « بعضها » .

(٢) في ا : « أنها بيعت كلها » . وفي ب : « أنها يبيع كلها » .

(٣) « له » من ا و ح .

(٤) كذا في ا و ح . وفي الاصل و ب : « كله » .

(٥) « فسلم » ليست في ا و ح .

(٦) في ب : « علم » .

(٧) في ا و ح : « وإن كان » .

(٨) « واحد » ليست في ح و ا .

(٩) « قد » ليست في ح .

(١٠) في ب : « شفيعها » .

(١١) « أن يأخذ إحدهما » من ا و ب و ح .

(١٢) « في » من ا و ب و ح .

وقال زفر : له الخيار بين أن يأخذها أو يأخذ^(١) إحداها .

— ولو كان الشفيع شفيعا لا إحداها دون الأخرى ، وقد وقع البيع صفقة واحدة : < ف > على قول أبي حنيفة وأبي يوسف : له أن يأخذها ، وليس له أن يأخذ التي تجاوره ، بالحصة . وقال محمد : يأخذ التي تليه بالشفعة ، ولا شفعة له في الأخرى ، لما ذكرنا .

— ولو أن الشفيع وجد^(٢) الدار المبيعة منقوضة بعد الشراء أو^(٣) مهدومة ، فإنه ينظر : إن كان بفعل المشتري أو الأجنبي فهو بالخيار : إن شاء أخذ العرصة^(٤) بالحصة ، وإن شاء ترك . وإن انتقضت أو أهدمت بنفسها : فله الخيار : إن شاء أخذها بجميع الثمن ، وإن شاء ترك ، لأن أخذ الدار بالشفعة بمنزلة الشراء ، فيثبت الملك بالشفعة في العرصة^(٥) والبناء جميعا ، لكونه تبعها^(٦) ، والأتباع لاحصة لها من الثمن إذا فاتت^(٧) لا بصنع أحد ، فأما إذا فاتت^(٨) بصنع المشتري أو الأجنبي ، فصار^(٩) مقصودا^(١٠) بالائتلاف والقبض ، فيصير لها حصة من الثمن ، وقد تغير المبيع فكان له الخيار على الوجه الذي ذكرنا .

— وإن كان المشتري كرما وفيه أشجار ونمار ، فقطع المشتري شجرها

(١) « يأخذ » من ا و ح .

(٢) كذا في ا و ح . وفي الاصل و ب : « لذا وجد » .

(٣) في ح : « و » .

(٤) و (٥) عرصة الدار ساحتها وهي البقعة الواسعة التي ليس فيها بناء - قيل : وسيت كذلك

لأن الصبيان يمتصون فيها أي يلعبون ويمرحون (المصباح) .

(٦) « لها » ليست في ب . (٧) و (٨) كذا في ب . وفي الاصل و ا و ح : « فات » .

(٩) « فصار » من ا و ب و ح . (١٠) لعل الأوضح : « فصارت مقصودة » .

أو جد ثمرها ، أخذ^(١) بحصة^(٢) الكرم ، ويحط قيمة ما أخذ منه .

وإن ذهبت بأقفة سماوية : أخذها بجميع الثمن أو ترك ، لما قلنا .

فإن لم يكن ، في وقت الشراء ، فيه ثمر ، ثم أثمرت ، فجدها المشتري ، فإن الشفيع يأخذها بجميع الثمن إن شاء أو يترك ، ولا يدفع له بحصة الثمر^(٣) ، لأنه لم يكن في أصل^(٤) البيع ، فإن كان الثمر في أصل البيع^(٥) : فهو كما ذكرنا ، من البناء والنخل .

— وإن كان المشتري أرضا ، فيها زرع^(٦) : فإنه^(٧)

يأخذها الشفيع ، بزرعها^(٨) ، بقلا كان أو مستحصدا ، لأنه تبع الأرض . فإن حصد المشتري الزرع ثم جاء الشفيع : فإنه أقسم^(٩) الثمن على قيمة الأرض وعلى قيمة الزرع ، وهو بقل ، يوم وقع عليه العقد ، فيأخذ الشفيع الأرض بما أصابها من الثمن ، ولا يقسم الثمن على قيمة الزرع وهو مستحصد — هذه رواية عن أبي يوسف .

(١) في ح و ا : « أخذها » .

(٢) في ب : « بحصته » .

(٣) عبارة الكلباني : « فإن الشفيع بالخيار : إن شاء أخذ بجميع الثمن وإن شاء ترك ولا بدفع حصة الثمن » . ويلاحظ أنه في ا و ب و ح وردت كلمة « الثمن » بدل « الثمر » .

(٤) في ا و ح : « في وقت » .

(٥) « فإن كان الثمر في أصل البيع » من ا و ب و ح مع لبدل كلمة « الثمر » بكلمة « الثمن » .

(٦) كذا في ا و ح . وزاد هنا في الاصل و ب : « مع الزرع » . ففي الاصل و ب :

« فيها زرع مع الزرع » .

(٧) « فإنه » من ا و ح .

(٨) في ا و ح : « يأخذها الشفيع مع الزرع » .

(٩) في ا و ح : « فإنه يقسم » .

وروى عن محمد أنه قال : أقوم الأرض وفيها الزرع ، وأقومها وليس فيها ذلك الزرع ، فما كان بين^(١) ذلك فهو قيمة^(٢) الزرع ولا أقوم الزرع وهو بقل محصود^(٣) .

ولو كان للدار شفعاء ، بسبب الشراكة^(٤) ، فحضرُوا : فهي بينهم على عدد الرؤوس ، عندنا .

وعند الشافعي : على قدر الأنصباء - وهي مسألة معروفة .

فإن سلم الشركاء إلا واحداً : فله أن يأخذ الدار كلها^(٥) .
وإن سلم البعض دون البعض : فالدار كلها بين من لم يسلم ، على قدر عددهم .

فإن سلم الشركاء كلهم : فللجيران^(٦) الشفعة ، على عددهم .

وعلى هذا : إذا بيعت دار في زقاق غير نافذ : فأهلها جميعاً شركاء في الشفعة ، وهم أولى من الجيران^(٧) المتلاصقين الذين لا طريق لهم في

(١) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « من » .

(٢) في أ و ح : « من قيمة » .

(٣) راجع في بيان وجه كل التكاسف ، ٥ : ٥٩ : ٥ وما بعده . وانظر الهامش التالي .

(٤) « بسبب الشركة » ليست في أ و ح في هذا الموضع وإنما وردت فيهما بعد قوله فيما تقدم :

« وهو بقل محصود » .

(٥) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « كله » .

(٦) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « فللجوار » انظر الهامش التالي والهامش ٢ س ٨٤ .

(٧) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « الجوار » . راجع الهامش السابق .

الزقاق ، لأن الشريك في الطريق أولى . فإن سلم الشركاء في الطريق ،
الشفعة ^(١) ، فللجوار ^(٢) المتلاصقين .

ولو اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فقال المشتري : « اشتريتها
بألفين » ، وقال الشفيع : « بألف » - فالقول للمشتري في الثمن مع يمينه ،
وعلى الشفيع اليينة . فإن أقام الشفيع اليينة : يقضى بيئته ، وإن أقاما جميعا
اليينة : فالبينة بيئة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : البينة
بيئة المشتري - وهي تعرف في الخلافات ^(٣) .

ولو اشترى الرجل ساحة ، فبناها ^(٤) ، ثم جاء شفيعها وطالب الشفعة ،
فإنه يقضى له بالمرصة ^(٥) ، ويقال للمشتري « اقلع بناءك » ^(٦) وسلم الساحة
إلى الشفيع ، عندنا . وروى في رواية ^(٧) عن أبي يوسف أنه يقال
للشفيع : « خذ الدار بالثمن وبقيمة البناء أو أرك » - وهو قول
الشافعي ^(٨) وهي مسألة معروفة .

-
- (١) « الشفعة » ليست في ١ .
(٢) الجوار جمع جار كبيران (المنجد) .
(٣) في ب : « في المختلف » .
(٤) « فبناها » ليست في ح . وفي ١ : « فبنى فيها » .
(٥) راجع فيما تقدم الهامش ٤ ص ٨١ .
(٦) الكاف من اوب و ح .
(٧) « في رواية » من اوب و ح .
(٨) « الشافعي » من اوب و ح .

ولو أخذ الشفيع الدار بالشفعة ، فبناها^(١) ، ثم استحقت الدار ، فإن المستحق يأخذ الدار ، ويقال^(٢) للشفيع « اهدم بناءك » ، ولا يرجع على المشتري بقيمة البناء إن كان أخذ الدار من يده ، ولا على البائع إن كان أخذها^(٣) منه ، لأنه ليس بمغرور ، وإن كان يرجع على المشتري بالثمن ، لأنه لم يسلم له المبيع .

. . .

ولو اشترى الرجل دارا بثمن مؤجل - فالشفيع بالخيار : إن شاء أخذها بثمن حال ، وإن شاء انتظر إلى مضي الأجل ، فإذا مضى الأجل أخذها^(٤) ، وليس له أن يأخذ بثمن مؤجل ، لأن الأجل إنما ثبت بالشرط ، ولم يوجد بين المشتري والشفيع .

. . .

ولو مات الشفيع بعد طلب الشفعة والإشهاد على المشتري ، قبل أن يقضى له بالشفعة : تبطل الشفعة عندنا ، ولا تثبت للورثة . وعند الشافعي : يثبت للورثة .

فحق^(٥) الشفعة لا يورث ، عندنا ، كالخيار - وعنده يورث .

. . .

(١) في ا و ح : « ولو أخذ الشفيع وبني » .

(٢) « الدار فإن المستحق يأخذ الدار » ساقطة من ا و ح . ففيهما : « ثم استحقت : قيل »

(٣) في هذا الموضع من ح ورقة من كتاب الجنايات وهي الورقة ٢٠٥/٢١٠ .

(٤) « فإذا مضى الأجل أخذها » من ا . وهي في ح و ب .

(٥) في ب : « لأن حق » . وفي ا و ح : « وحق » .

ولو اشترى رجل دارا لم يرها، فبيعت بجنسها دار، فأخذها بالشفعة :
لم يبطل خياره . ولو كان له فيها خيار الشرط^(١) : يبطل خياره - لأنه
لو قال « أبطلت خيارى قبل الرؤية » : لم يبطل خيار الرؤية^(٢)، فلا يبطل
بدلالة الإبطال، ولو قال^(٣) « أبطلت خيار الشرط » : يبطل - فكذا بالدلالة.

. . .

سم الحيلة فى إبطال^(٤) الشفعة هل هى مكروهة ؟
روى عن أبى يوسف أنها لا تكره .
وعن محمد أنه قال : أكره ذلك أشد الكراهة .
وعلى هذا : الخلاف فى إسقاط الزكاة، قبل مضي الحول - والله أعلم .

(١) فى ١ : « وإن كان له خيار الرؤية » وليس فيهما : « ولو كان له فيها خيار الشرط »

(٢) « لم يبطل خيار الرؤية » من اوب و ح .

(٣) « ولو قال » من اوب و ح .

(٤) فى ١ : « فى إسقاط » .

كتاب

الذبائح

يحتاج ^(١) إلى بيان :

ما يباح ^(٢) أكله من الحيوان ^(٣) وما لا ^(٤) يباح ، وما يكره ^(٥) ،

وإلى بيان شرائط الإباحة ،

وإلى بيان محل الذبح وكيفيته ،

وإلى بيان ^(٦) ما يذبح به ،

وإلى بيان أهلية الذبح .

أما الأول - فنقول :

إن الحيوان على ضربين : ما لا ^(٧) يعيش إلا في الماء ، وما لا يعيش

إلا في البر .

(١) في ح : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) في ح و ا : « ما يحل » .

(٣) « من الحيوان » من ا و ب و ح .

(٤) « لا » ساقطة من ا و ح .

(٥) « وما يكره » من ا . وفي ب و ح : « أو يكره » .

(٦) « بيان » من ا و ب و ح .

(٧) « ما لا » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « وما »

أما الذي لا يعبئ إلا في الماء :

فكله محرم الأكل ، إلا السمك خاصة بجميع أنواعه ، سوى الطافي منه : فإنه مكروه^(١) ، لقوله عليه السلام : « أُحِلَّت لَنَا مِيتَتَانِ وَدِمَانِ : السمك والجراد ، والكبد والطحال » - وهذا^(٢) عندنا .

وقال الشافعي : السمك الطافي ، وجميع ما في البحر ، حلال .

ثم عندنا - الطافي على وجهين : إن^(٣) مات بسبب حادث : يؤكل ، وإن مات خَتَفَ أَنْفِهِ : لا يؤكل .

وأصله ما روى عن جابر بن عبد الله الأنصاري^(٤) أن النبي عليه

السلام نهى عن أكل الطافي . ^{الطافي}

فأما الذي مات من الحر أو البرد أو كدر الماء : ففيه روايتان .

وقالوا في سمكة ابتلعت سمكة : إنها تؤكل ، لأنها ماتت بسبب حادث .

وهو حلال في حق المحرم والحلال جميعا .

وكذلك اصطيد ما في البحر : حلال^(٦) في حق المحرم والحلال .

(١) في ح و ا : « إلا السمك خاصة : فجميع أنواعه سواه إلا الطافي منه : فإنه يكره » .

(٢) « وهذا » ساقطة من ح .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « لما إن مات » .

(٤) هو أحد المكثرين الرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . ومن روى عنهم أبو بكر وعمر وعلي وأبو عبيدة ومما ذ . وروى عنه جماعات من أئمة التابعين منهم سميد بن المسيب وعطاء وعمر بن دينار . وقد توفي بالمدينة سنة ثلاث وسبعين وقيل ثمان وسبعين وقيل ثمان وستين وهو ابن أربع وتسعين سنة (النووي ، التهذيب) .

(٥) « أو » : من ب و ا . وفي الاصل و ح : « و » .

(٦) « حلال » ليست في ح .

وأما ما^(١) لا يعبئ إلا في البر :

فعلى نوعين : منه ما ليس له دم سائل ، ومنه ما له دم سائل .
أما ما ليس له دم سائل - فكله حرام ، إلا الجراد ، مثل الذباب والزبور
وسائر هوام الأرض وما يذب عليها وما يكون تحت الأرض من القارة
واليربوع^(٢) والحيات^(٣) والمقارب ، لأنها من جملة الحباث ، إلا أن
الجراد يحل بالحديث الذي ذكرنا^(٤) .

وأما ما له دم سائل - فعلى ضربين : مستوحش ومستأنس .
فالمستأنس منه - لا يحل أكله^(٥) من البهائم سوى الأنعام ، وهو
الإبل والبقر والغنم ، لقوله تعالى : « أحلت لكم بهيمة الأنعام »^(٦) واسم
« الأنعام » خاص فيما ذكرنا عند أهل اللغة^(٧) .
فأما ما لا يحل فالخير والبعال والحيل - وهذا قول أبي حنيفة^(٨) .

(١) « ما » ساقطة من ح . وفي ا : « وأما الذي » .

(٢) اليربوع نوع من القواضم يشبه النار قصير اليدن طويل الرجاين وله ذنب طويل (المنجد) .

(٣) « والحيات » ليست في ح . (٤) راجع فيما تقدم ص ٨٨ .

(٥) « أكله » من ح و ا .

(٦) المائدة : ١ - والآية : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد » . وهناك آية أخرى هي الآية الثلاثون من سورة الحج ونصها : « ذلك ومن ينظم حرمان الله فهو خير له عند ربه وأحلت لكم الأنعام إلا ما يتلى عليكم فاجتنبوا الرجس من الأنثان واجتنبوا قول الزور » .

(٧) قال في المصباح : النعم أكثر ما يقع على الإبل - قال أبو عبيد : النعم الجمال فقط . ويؤنث ويذكر . وجمعه نَعَمَانُ وأنعام أيضاً . وقيل : النعم الإبل خاصة والأنعام ذوات الخف والظأنف وهي الإبل والبقر والغنم . وقيل : تطلق الأنعام على هذه الثلاثة فإذا انفردت الإبل فهي نَعَمٌ ، وإن انفردت البقر والغنم لم تسم نَعَمًا .

(٨) في ح : « والحيل عند أبي حنيفة » . وفي ا : « والحيل في رواية عن أبي حنيفة » .

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك إلا أنهما قالا : يحل الفرس ^(١) خاصة -
وهي مسألة معروفة ^(٢) .

وأما المستأنس من الطيور ، كالذجاج والبط والأوز : < ف > يحل ،
بإجماع الأمة .

وأما المستوحش منه ^(٣) - فيحرم كل ذى ناب من السباع ^{س قاطعة} ، وكل ذى
مخالب من الطيور ، إلا الأرنب خاصة ، لحديث رسول الله صلى الله عليه
وسلم - رواه ابن عباس ^(٤) : أنه نهى ^(٥) عن أكل < كل > ^(٦) ذى ناب
من السباع وكل ذى مخالب من الطير - وخص منه الأرنب لحديث عمر ^(٧) .
فدو الناب من السباع : الأسد والذئب ^(٨) والنمر ^{كمزور} والفهد ^{كمزور} والثعلب
والضبع ^(٩) والكلب والسنور البرى والأهلى . وكذلك الفيل
وابن عرس من جملة ذى الناب - ونحوها .

وذو المخالب من الطيور : الصقر والبازى والنسر ^{karai amra} والعقاب والشاهين ونحوها .
وما سوى ذلك من المستوحش من البهائم والطيور : فهو حلال -
كالظبي وبقر الوحش وحمير الوحش والإبل ^(١٠) ونحوها . ومن الطيور :

-
- (١) في ب : « يحل أكل لحم الفرس » .
(٢) في ا : « خاصة وهو أيضاً رواية عن أبي حنيفة - وهي مسألة معروفة » .
(٣) « منه » ليست في ب .
(٤) في ح و ا : « ابن سماعة » (٥) « نهى » ليست في ب - انظر الهامش ٧ .
(٦) من الكسانى : ٥ : ٣٩ - ١٦ - ١٧ . (٧) انظر الكسانى ، ٥ : ٣٩ - ٢٣ - ٢٦ .
(٨) هنا سقط في النسخ الاخرى ففى ح و ا : « أنه نهى عن أكل ذى ناب من السباع
والأسد والذئب ... » وفي ب : « أنه عن أكل ذى ناب من السباع كالأسد والذئب » .
(٩) و (١٠) « والضبع » - « والإبل » من ا و ب و ح .

الحمام^(١) والمصفور والمغمق^(٢) وغراب الزرع الذى يأكل الزرع ولا يأكل الجيف ونحوها^(٣) - إلا أنه يكره أكل^(٤) الغراب الأبقع والغراب الأسود الذى يأكل الجيف .

ويكره الجلالة من الإبل والبقر والغنم^(٥)، لأن الغالب من أكلها النجاسة .
فأما الدجاجة المخلاة التى تأكل النجاسة أيضا - قالوا^(٦) :
لا يكره ، لأنها تخطأها بغيرها ، ولأن الجلالة يَنْتَنُ لحمها ويتغير ، ولحم
الدجاجة لا ينتن ولا يتغير .

ثم الجلالة إذا حبست أياما حتى تعتلف ولا تأكل النجاسة : تحل .
وعن أبي حنيفة روايتان : فى رواية محمد^(٧) : لم يوقت الحبس بل يحبس حتى
يطيب لحمها^(٨) ويذهب ننته^(٩) . وفى رواية أبي يوسف : مقدر بثلاثة أيام .
فأما الدجاجة فقد^(١٠) روى عن أبي يوسف أنها لا تحبس ، لأنه
لا ينتن^(١١) لحمها ، ولكن المستحب أن تحبس يوما أو يومين .

. . .

(١) فى ح : ه والحمام .

(٢) طائر على شكل الغراب أو هو الغراب (المنجد) .

(٣) « ونحوها » ليست فى ب .

(٤) « أكل » من ب .

(٥) « والغنم » ليست فى ح و ا .

(٦) « قالوا » ليست فى ح و ا .

(٧) « محمد » ليست فى ب .

(٨) كذا فى ح و ا . وفى الأصل و ب : « لحمه » .

(٩) فى ح : « ننتها » .

(١٠) « فقد » من ا . وفى ح : « وقد » . وفى ب : « فروى » .

(١١) فى ا و ح : « لا تحبس لأنها لا تخطأ ولا ينتن » . وفى ب : « لا تحبس لأنها

تخطأ ولا ينتن » .

أما جنين ما يؤكل لحمه - إذا خرج ميتا : لا يحل عند أبي حنيفة وزفر والحسن .
وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي ^(١) : يحل - والمسألة معروفة .

وأما سراط الول ^(٢)

فمنها - الذبح ، أو النحر في جميع ما يشترط فيه الذبح - لكن النحر في الإبل ، والذبح في الشاة : أحب ^(٣) .

وأصله قوله تعالى : « إلا ما ذكيتم » ^(٤) ، واسم الذكاة يقع عليهما جميعا .
ومنها - التسمية : حتى لو تركها ، عامدا : لا يحل عندنا - وعند

الشافعي : يحل .

وأجمعوا أنه لو تركها ، ناسيا : يحل - والمسألة معروفة :
ثم في ذكاة الاختيار : تجب التسمية لكل ذبيحة عند الحز ^{كالحز} ^(٥) والقطع .

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « وقالوا » .

(٢) « الحل » ليست في ح .

(٣) في ا و ب و ح وزدت « أحب » بد « النحر في الإبل » . والذبح هو قطع الحلقة من باطن عند النصيل وهو موضع الذبح من الخلق . والنحر هو الطعن في المنححر حيث يبدو الحلقة من أعلى الصدر . والنحر في الأتية مثل الذبح في الخلق . يقال ذبح الشاة ونحر البعير (الاسان) .

(٤) سورة المائدة : ٣ - والآية وما بعدها : « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام ذاكم فحق . اليوم يشس الذين كفروا من دينكم فلا تخشوهم واخشون . اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً - فمن اضطر في نخميه غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم . يسألونك ماذا أحل لهم ؟ قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوازح مكلبين تعلمونن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه واتقوا الله إن الله سميع الحساب . اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ... » .

(٥) في ا و ب و ح : « الجز » - وكلاما صحيحا يعني القطع .

وفي ذكاة الاضطرار: يشترط عند^(١) الرمي والارسال لا عند الاصابة^(٢).
ولا يشترط التعيين لكل صيد، بخلاف الاهلية^(٣). بيانه أنه :

— لو أضجع شاة ليذبجها، فسمى، ثم بدا له أن لا يذبجها^(٤) فأرسلها،
وأضجع أخرى فذبجها^(٥) بتلك التسمية : لم يحل .

— ولو رمى صيدا، وسمى، فأخطأه وأصاب آخر فقتله : فلا بأس بأكله،
لأن التسمية ، عند الذبح^(٦) ، تشترط عند القدرة ، وعند العجز أقيم
الارسال والرمي مقام الذبح إذا اتصل^(٧) به الآلة .

— وكذا لو أرسل كلبا على صيد بعينه، وسمى، فأخذ غير الذي هو سمي
عليه من غير أن مال^(٨) عن سنن الأولى^(٩) : يحل .

— ولو ذبح شاة وسمى^(١٠) ، ثم ذبح أخرى فظن أن التسمية
الأولى تجزى عنهما : لم يؤكل^(١١) ، فيجب^(١٢) أن يحدث لكل
ذبيحة^(١٣) تسمية .

— ولو رمى سهما وسمى، فقتل به من الصيد اثنين، أو^(١٤) أرسل كلبا

(١) « عند » ليست في ب . (٢) انظر فيما بعد ص ٩٥

(٣) « بخلاف الاهلية » من ا و ب و ح . (٤) « أن لا يذبجها » من ا .

(٥) « فذبجها » ليست في ح . (٦) « عند الذبح » من ا و ب و ح .

(٧) في ا و ح : « اتصلت » . (٨) في ح : « ماله » .

(٩) في ا و ح : « الإرسال » .

(١٠) « فأخذ غير الذي هو سمي عليه ... ولو ذبح شاة وسمى » ليست في ب - « وسمى »

ليست في ا و ح .

(١١) في ح : « لم يكن عن الآخر » . وفي ا : « لم يكن عن الأخرى » .

(١٢) في ا و ب و ح : « ولا بد » بدل « فيجب » .

(١٣) في ح : « لكل ذبيحة » . (١٤) « أو » ساقطة من ح .

وسمى^(١) فقتل صيدين : يحل كله^(٢) ، لما قلنا .

- ولو سمى وتكلم بكلام قليل ، أو فعل فعلا قليلا ، ثم ذبح ، فلا بأس به ، ويجعل كالم متصل للضرورة . أما إذا تكلم بكلام طويل ، أو فعل فعلا كثيرا^(٣) ، بين التسمية والحز : لا يحل .

ومنها - تجريد اسم الله عن الذبح عن اسم غيره^(٤) - حتى لو قرن باسم الله اسم غيره ، وإن^(٥) كان اسم النبي عليه السلام : فإنه لا يحل^(٦) . وتجريده عن الدعاء مستحب ، وليس بشرط ، بأن قال^(٧) « باسم الله ! اللهم^(٨) تقبل عني أو عن^(٩) فلان » . ولكن ينبغي أن يدعو بهذا وبمثله قبل التسمية أو بعد الفراغ عن التسمية منفصلا عنها ، ولكن لا يوجب الحرمة . ولو سبح أو هلل أو كبر وأراد به التسمية على الذبيحة : يحل^(١٠) . أما لو أراد به الحمد على سبيل الشكر^(١١) : لا يحل .

(١) « سمي » ساقطة من ا و ح .

(٢) في ا و ب و ح : « أكله » .

(٣) في ب : « كبيرا » .

(٤) في ا : « ومنها تحريم قرآن اسم الله تعالى مع اسم غيره » . وفي ح : « ومنها تحرير اسم الله تعالى على اسم غيره » .

(٥) « وإن » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « فإن » . وفي الكاساني (٥ : ٤٨ : ٢٤)

مثل ما أئتمناه في المتن

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لا يجوز » .

(٧) « قال » ساقطة من ا . (٨) « اللهم » ساقطة من ا .

(٩) في ا : « منى أو من » . وفي ح : « عني أو من » .

(١٠) « يحل » ساقطة من ب .

(١١) في ب : « أراد به التسمية عند افتتاح العمل » ، وهي عبارة سترد بعد . وفي ح :

« الحمد على سبيل الشك » .

وكذا لو سمي : ينبغي^(١) أن يريد به التسمية^(٢) على الذبيحة . أما لو أراد به التسمية عند افتتاح العمل : لا يحل .

وأما محل الذبح ، وكيفيته - فنقول :

الذكاة نوعان : ذكاة اختيار ، وذكاة اضطرار .

أما ذكاة الاضطرار - فحمله جميع البدن ، فيحل بوجود الجرح أينما أصاب ، على ما ذكره .

وأما ذكاة الاختيار - فحمله ما بين الآبة والاحيين ، لقوله عليه السلام : « الذكاة ما بين الآبة والاحيين »^(٣) .

ثم الذكاة هي فرى^(٤) الأوداج ، والأوداج أربعة : الحلقوم ، والمرى^(٥) ، والعرقان اللذان بينهما الحلقوم والمرى : فالحلقوم مجرى النفس ، والمرى مجرى الطعام والشراب ، والعرقان مجرى الدم . فإذا قطع الأوداج الأربعة : فقد أتى^(٥) بالذكاة المأمور بها بتمامها .

(١) في ب : « لا ينبغي » .

(٢) « التسمية » ليست في ا و ح .

(٣) في ا و ح : « والاحية » . والآبة المنحر من الصدر (المغرب) . راجع ص ٩٢

(٤) أي قطعها وشقها - قيل : يقال أفرى لأفراء أي قطع الإفساد وشق كما يفرى الذابح والسبع . وفرى فربا قطع الإصلاح : كما يفرى الجزار الأديم . وقد جاء بمعنى أفرى أيضاً إلا أنه لم يسمع به في الحديث (المغرب والمصباح) . وسيأتي عند « بيان ما يذكى به وهو الآلة » الحديث : « كل ما أضر الدم وأفرى الأوداج فهو ذكاة » . (انظر فيما بعد ص ٩٨-٩٩)

(٥) في ح : « أوفى » .

فأما إذا نقص من ذلك - فقد اختلفوا فيه :

روى عن أبي يوسف ^(١) عن أبي حنيفة أنه إذا قطع أكثر الأوداج : حل . وفسر ذلك بأن قطع ثلاثة منها من أى جانب كان - وبه أخذ ، ثم رجع فقال : لا يحل ما لم يقطع الخلقوم والمرى* وأحد الودجين . وروى عن محمد عن أبي حنيفة ^(٢) أنه قال : ما لم يقطع الأوداج الأربعة أو الأ* أكثر من كل واحد منها ^(٣) : لا يحل ، حتى إنه إذا قطع الثلاثة أو الأ* أكثر منها وقطع نصف الرابع أو أقل : لا يحل - وبه أخذ محمد .

فصار الحاصل - أن عند أبي حنيفة : الأ* أكثر على رواية أبي يوسف يرجع إلى الثلاثة منها ^(٤) ، وعلى رواية محمد : الأ* أكثر يرجع إلى كل واحد من الأربعة ^(٥) . وقال محمد : إنه لا يحل ما لم يقطع الكل أو الأ* أكثر من كل واحد منها ^(٦) . وقال أبو يوسف : يحل إذا قطع ثلاثة منها : الخلقوم والمرى* وأحد الودجين .

وقال الشافعى : إذا قطع الخلقوم والمرى* : يحل .

(١) فى ب : « روى أبو يوسف » .

(٢) فى ا و ح : « وروى عن أبي حنيفة » . وفى ب : « وروى محمد عن أبي حنيفة » .

(٣) كذا فى ب و ح . وفى الأصل و ا : « منها » .

(٤) فى ا و ب و ح : « . أن عند أبي حنيفة إذا قطع الأ* أكثر على رواية أبي يوسف » .

وهو الثلاثة منها : يحل - و « وهو » ليست فى ب .

(٥) فى ا و ب و ح : « من الأوداج » .

(٦) « منها » ليست فى ح . وفى ا و ب والأصل : « منها » .

ولو أبان رأس البعير أو الشاة^(١) بالسيف : < ف > إن كان من قبل الحلقوم : أكل ، وإن كان من قبل^(٢) القفا : < ف > إن صار بحال لا يعيش قبل قطع الاوداج : لا يحل ، وإن كان بحال يعيش : يحل .

وبكره في حال الذبح^(٣) أن يجزها برجلها إلى المذبح ، أو يجمعها ويحد الشفرة بين يديها .

ويكره أن يذبها على وجه يبلغ^(٤) النخاع ، وهو العرق الأبيض الذي في عظم الرقبة .

ويكره أن يسْلَخ قبل أن تموت ، لأن هذا زيادة ألم لا يحتاج إليه . فإن نَحَم^(٥) أو سلخ^(٦) قبل أن تبرد فلا بأس بذلك ، لأنه لم يوجد فيه ألم : ذكره الكرخي . وبعض المشايخ قالوا^(٧) : يكره النخاع بعد الموت قبل أن يبرد ، ويكره السلخ .

-
- (١) في ا و ح : « رأس البعير أو البقر أو الشاة » . وفي ب : « رأس البقرة أو الشاة » .
 (٢) « قبل » ليست في ا و ح .
 (٣) « الذبح » ليست في ب و ح .
 (٤) في ح : « يبقى » .
 (٥) نَحَمَ الذبيحة جاوز بالسكين منتهى الذبح فأصاب نخاعها (المنجد . والزيلعي . ٢٩٢ : ٥ . والكاساني ، ٥ : ٦٠ : ١٤) وراجع ما تقدم في المتن .
 (٦) كذا في ح و ا . وفي ب : « وسلخ » . وفي الأصل : « وأسْلَخ » .
 (٧) في ح : « كذا ذكره الكرخي وقال بعض المشايخ » . وفي ا : « كذا ذكره الكرخي وبعض المشايخ كرهوا » . وفي ب : « كذا ذكر الكرخي وبعض المشايخ قالوا » .
 تحفة الفقهاء ج ٣ (٧)

وَعَنْ مُجَاهِدٍ ^(١) أَنَّهُ قَالَ ^(٢) : كَرِهَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَبْعَةً مِنَ الشَّاةِ ^(٣) الْمَذْبُوحَةِ : الذَّكَرَ ، وَالْأُنْثِيَيْنِ ، وَالْقَبْلَ ، وَالْعُدَدَ ، وَالْمِثَانَةَ ، وَالْمَرَارَةَ ، وَالْدَّمَ .

ثُمَّ أَبُو حَنِيفَةَ فَسَّرَ هَذَا وَقَالَ : الدَّمُ حَرَامٌ لِلنَّصِّ الْقَاطِعِ . وَأَمَّا < الْحِكْمُ > فِي السَّبْعَةِ : < فَ > مَكْرُوهٌ ، لِأَنَّهُ مِمَّا لَا تَسْتَحْسِنُهُ ^(٤) الْإِنْفُسَ . وَإِنَّهُ أَرَادَ بِهِ الدَّمَ الْمُسْفُوحَ ، فَأَمَّا دَمُ ^(٥) الْكَبِدِ وَالطَّحَالِ وَدَمُ اللَّحْمِ : فَلَيْسَ بِحَرَامٍ ^(٦) .

وَأَمَّا بَيَانُ مَا يَذْكُرُ بِهِ - وَهُوَ الْآلَةُ :

فَعَلَى ضَرْبَيْنِ : آلَةٌ تَقْطَعُ وَآلَةٌ تَفْسُخُ ^(٧) .
فَالْآلَةُ الَّتِي تَقْطَعُ - عَلَى ضَرْبَيْنِ : حَادَّةٌ ، وَكَلِيلَةٌ :

فَالْحَادَّةُ : يَجُوزُ الذَّبْحُ بِهَا ، حَدِيدًا كَانَتْ أَوْ غَيْرَ حَدِيدٍ ، مِنْ غَيْرِ كِرَاهَةٍ .
وَالْكَلِيلَةُ الَّتِي تَقْطَعُ ^(٧) : يَجُوزُ الذَّبْحُ بِهَا ، مَعَ الْكِرَاهَةِ ، حَدِيدًا كَانَتْ أَوْ غَيْرَ حَدِيدٍ .

(١) مُجَاهِدُ بْنُ جَبْرِ : تَابِيُّ . وَهُوَ لِمَامٌ فِي الْفَقْهِ وَالْتَفْسِيرِ وَالْحَدِيثِ . سَمِعَ مِنَ الصَّحَابَةِ ابْنَ عُمَرَ وَابْنَ عَبَّاسٍ وَأَبَا هُرَيْرَةَ وَعَائِشَةَ وَغَيْرَهُمْ . وَمِنَ التَّابِئِينَ طَاوَسًا وَابْنَ أَبِي لَيْلَى وَآخَرِينَ . تَوَفَّى ، وَهُوَ ابْنُ ثَلَاثٍ وَثَمَانِينَ سَنَةً ، سَنَةَ ١٠١ هـ . وَقَبِلَ سَنَةَ ١٠٠ وَقَبِلَ سَنَةَ ١٠٢ وَقَبِلَ سَنَةَ ١٠٣ (النُّوْيُ . التَّهْذِيبُ) .

(٢) « قَالَ » مِنْ أَوْ ح .

(٣) « الشَّاةُ » مِنْ أَوْ ب وَ ح . وَفِي الْأَصْلِ : « الذَّبِيحَةُ الْمَذْبُوحَةُ » .

(٤) فِي أَوْ ب وَ ح : « مِمَّا تَسْتَحْسِنُهُ » .

(٥) « دَمُ » لَيْسَتْ فِي أَوْ ح فَقِيهِمَا : « فَأَمَّا الْكَبِدُ » .

(٦) رَاجِعُ السَّكَاكِينِ ، ٥ : ٦١ : ٥ وَمَا يَمْدُهُ . وَرَاجِعُ فِيمَا تَقْدِمُ مِنْ ٨٨ .

(٧) فِي أَوْ ح : « وَالْكَلِيلَةُ تَفْسُخُ » .

و^(١)أصله قوله عليه السلام : « كل ما أنهر الدم وأفرى^(٢) الأوداج فهو ذكاة^(٣) » .

وقال أصحابنا : إذا ذبح بظفر منزوع أو بسن^(٤) منزوع : جاز ، مع الكراهة^(٥) .

وقال الشافعى : لا يجوز .

وأما الآلة التى تفسخ - فهو نحو الظفر القائم والسن القائم : إذا ذبح به^(٦) : لا يحل ، لأنه يعتمد على المذبوح من وجهه فيتخنىق ويتفسخ - حتى قالوا : إذا كان الظفر طويلا ، فأخذ إنسان آخر يده ، وذبح بظفره ، وأمر عليه كما يمر السكين : يحل ، لأنه لم يعتمد عليه حتى يكون فيه معنى التخنيق .

وأما بيان أهلية الذبح -- فنقول :

يشترط أن يكون من أهل الملة التى يقر عليها ، ويمقل الذبح ، ويضبطه ، ويقدر عليه - لأنه إذا كان من أهل الملة ، وهو عاقل ، فالظاهر^(٧) أنه يأتى باسم الله تعالى^(٨) عند الذبح ، وإذا لم يكن عاقلا ، فإجراء اسم

(١) الواو من ا و ح .

(٢) راجع المامتن ٤ ص ٩٥ .

(٣) « فهو ذكاة » ليست فى ا و ب و ح .

(٤) كذا فى ا و ح . وفى الاصل و ب : « أو سن » .

(٥) فى ا و ح : « جاز الذبح منهما مع الكراهة » . وانظر ما يلى فى المتن .

(٦) فى ا : « بهما » . وراجع ما تقدم فى المتن .

(٧) الفاء من ا و ب و ح .

(٨) « تعالى » من ا و ب و ح .

الله تعالى^(١) على لسانه وعدمه سواء^(٢) ، ولهذا لا يصح الإسلام منه .
والقدرة على الذبح لا بد منها حتى يتحقق فعل الذبح ، على وجهه .
فيصح الذكاة من المسلم والكتابي إذا عقلا الذبح ، ولا يتركان التسمية
عمدا ، سواء كان ذكرا أو أنثى ، صغيرا أو بالغا .
ولا يجوز ذبح المجوسى ولا المرتد . ولا ذبح الصبي^(٣) والسكران
والمجنون إذا لم يعقلوا ولم يضبطوا الذبح^(٤) .

هذا الذى ذكرنا فى غير الصيد - فأما فى الصيد^(٥) : فيشترط^(٦)
أن لا يكون محرما ، ولا الذبح بأمر المحرم ، ولا^(٧) فى الحرم - حتى
لا يؤكل ما يذبح المحرم من الصيد ، أو يأمر به ، ولا ما يذبحه^(٨) الحلال
فى الحرم من الصيد ، ويكون ذلك كالميتة . فأما ذبح المحرم غير الصيد :
< ف> سبب الحل ، فى الحل والحرم^(٩) .

(١) « تعالى » من اوت و ح .

(٢) « سواء » ساقطة من ا .

(٣) فى ا : « والمرتد والصبي » .

(٤) « فلا تؤكل ذبيحة المجنون والصبي الذى لا يعقل والسكران الذى لا يعقل ... »

فإن كان الصبي يعقل الذبح ويقدر عليه تؤكل ذبيحته وكذا السكران « الكاسانى ، ٥ : ٤٥ : ١٤٤ .

(٥) الصيد اسم لما يتوحش ويمتنع ولا يمكن أخذه إلا بحيلة إما اطيراه أو لمدوه (انظر

المغرب . وراجع حكم صيد الحرم فى ح ١ ص ٦٤٧ وما بعدها . وانظر فيما يلى كتاب الصيد) .

(٦) الفاء من ا و ح .

(٧) « ولا الذبح بأمر المحرم ولا » من ا و ح .

(٨) فى ب : « ولا ما لا يذبح » .

(٩) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » وراجع ح ١ ص ٦٤٧ وما بعدها .

كتاب

الصيد

الاصطياد^(١) مباح في البحر في حق كافة الناس ، وفي البر في حق غير المحرم على كل حال إلا في الحرم ، وفي حق المحرم لا يباح في الحِلِّ ولا في الحرم^(٢).

وأصله قوله تعالى : « أحل لكم صيد البحر (الآية) »^(٣) ، ولأن الكسب مباح في الأصل ، وما يصيده قد يؤكل ، وقد ينتفع بجلده وبشعره^(٤) ، ونحو ذلك.

ثم ما يباح أكله من الصيد ، المأكول ، بأخذ الجوارح والرمي وغير ذلك من فعل العباد - إذا مات قبل أن يقدر^(٥) عليه ، له شرائط :

(١) في ح : « قال رحمه الله : الاصطياد » .

(٢) راجع فيما تقدم ص ١٠٠ و ح ١ ص ٦٤٧ .

(٣) المائدة : ٩٦ والآيتان السابقتان عليها متصلتان بالموضوع وفيما يلي نصها جميعا : « يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بنى . من الصيد تناله أيديكم ورماحكم ليعلم الله من يخافه بالغيب فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم . يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاءه مثل ما قتل من الدم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما ليندق وبال أمره غنا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذو انتقام . أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما واتقوا الله الذي إليه تحشرون » .

(٤) كذا في أ و ح . وفي الأصل و ب : « وشعره » .

(٥) في أ : « تقرر » . وفي ح : « يقرر » .

أصدها — أن تكون الآلة ، التي بها يصطاد جارحة ، تجرح الصيد ، وهو السهم والسيف والرُمح^{رمح} ^(١) والحيوان الذي له ناب أو مخالب فيجرح به ، <فيموت> ^(٢) — هذا هو الرواية المشهورة . أما ^(٣) إذا لم يجرح الكلب أو البازي : <ف> لا يحل .

وروى عن أبي حنيفة أن الكلب إذا خنق^{qanaka} : يحل . ولو لم يخنقه ولم يجرحه ولكنه كسره^{kusmak} فمات — ففيه روايتان .

ولو أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه ، فإن وصل إلى اللحم فأذماه^{akharat mak} : أكل ، وإلا فلا .

واختلف المشايخ في الشاة إذا اعتلفت بالعناب^{al-anab} ^(٤) فذبحت ولم يسلم منها الدم : فقال ^(٥) أبو القاسم الصفار ^(٦) : لا يحل . وقال أبو بكر الإسكاف ^(٧) : يحل .

وهذا إذا مات بجرحه غالباً . فأما إذا وقع الشك ^(٨) : <ف> لا يحل

(١) أضاف في ا و ح : « والسكين » .

(٢) في الاصل ا و ب و ح : « فمات » .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « لانه » . وفي الكاساني (٥ : ٤٤ : ٧ - ٨) مثل ما في الاصل .

(٤) العناب شجر حبه كعب الزيتون أحمر حلو (المنجد) . وفي ح و ا : « بالعناب » . وفي ب : « في العناب » .

(٥) في ب : « وقال » .

(٦) هو أحمد بن عصمة — أخذ عن نصير بن يحيى عن محمد بن سماعة عن أبي يوسف وكان إماماً كبيراً — إياه الرحلة بانيق . تفقه عليه أبو حامد أحمد بن الحسين المروزي . ومات سنة ٣٣٦ هـ في السنة التي توفي فيها أبو بكر الإسكاف . وقيل مات سنة ٣٢٦ هـ . (الكنوز ، ٢٦) ولعله هو المراد بالصفار في ص ١٩ من المقدمة في الجزء الأول .

(٧) راجع ترجمته في الهامش ٧ ص ١٩ من المقدمة في الجزء الأول .

(٨) الشك فيها إذا مات بجرحه أو بسبب آخر لا يفيد الحل (انظر الكاساني ، ٥ : ٥٨ : ١٥) .

إذا كان يمكن الاحتراز عنه^(١)، بأن^(٢) رمى صيدا في الهواء فسقط على جبل، أو سطح، أو شجر، أو على سنان رمح مركوز في الأرض، أو على حرف آجرة^{كعرة} أو صخرة، أو في الماء، ثم سقط على الأرض - لا يحل، احتياطا لجانب الحرمة.

وإذا وقع على آجرة^(٣) مطبوخة^(٤) على الأرض، أو على أرض^(٥) صلبة - فالقياس أن لا يحل، وفي الاستحسان: يحل، لانه لا يمكن الاحتراز عن الأرض.

والثاني - أن يكون الحيوان الجارح معلما، لقوله تعالى « وما علمتم من الجوارح مكيلين^(٦) ».

(١) في ا و ح : « إذا كان لا يمكن الاحتراز عنه ». وفي ب : « إلا إذا كان لا يمكن الاحتراز عنه » - أي عن هذا السبب الآخر . (انظر الكاساني ، ٥ : ٥٨ : ١٥٠ . والهداية وشروحا ، ٩ : ٥٨ وما بعدها)

(٢) في ح و ا : « فإن » .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل « آجر » . والآجر اللبن إذا طين والواحدة آجرة وهو مربع (المصباح) .

(٤) في ب و ح : « مطبوخة » .

(٥) « أرض » ليست في ا و ح .

(٦) المائدة : ٤ ونصها : « يسألونك ماذا أحل لهم ؟ قل : أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكيلين تعلمونن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه واتقوا الله إن الله سريع الحساب » . وفي المصباح : كتبتة تكلبا علمته الصيد . وقال الكاساني (٥ : ٥٢) : وقوله تعالى « مكيلين » قرئ بالخفض والنصب . وقيل بالخفض صاحب الكلب : يقال كلاب ومكلب - وبالنصب الكلب المعلم . وقيل المكيلين بالخفض الكلاب التي يكابن الصيد أي يأخذنه عن شدة فالكلب هو الأخذ عن شدة ومنه الكلوب للآلة التي يؤخذ بها الحديد . وقوله جلت عظمتة « تعلمونن » أي تعلمونن ليمسكن الصيد انكم ولا يأكلن منه - وهذا حد التعليم في الكلب عندنا .

وتعليم ذى الناب أنه إذا أرسل يتبع الصيد ، وإذا أخذه أمسكه على صاحبه^(١) ولم يأكل منه شيئا .

وتعليم ذى^(٢) الخلب أن يستجيب^(٣) إذا دعى ، ويتبع الصيد إذا أرسل ، وإن^(٤) أكل منه فلا بأس به^(٥) .

ثم أبو حنيفة ، في ظاهر الرواية ، لا يوقت في التعليم ولكن ينبغي أن يقول أهل العلم بذلك : إنه معلم .

وروى الحسن عنه أنه قال : لا يأكل أول ما يصيد^(٦) ولا الثاني ثم يؤكل الثالث وما بعده .

وقال أبو يوسف ومحمد : إذا صاد^(٧) ثلاث مرات ولم يأكل فهو معلم . ثم إذا صار معلما ، من حيث الظاهر ، وصاد به صاحبه ، ثم أكل بعد ذلك من^(٨) صيد يأخذه ، فقد بطل تعليمه ، ولا^(٩) يؤكل بعد ذلك صيده ، حتى يعلم تعلما ثانيا بلا خلاف^(١٠) .

(١) في ١ : « لصاحبه » . وراجع المامش ٦ من ١٠٣ .

(٢) « ذى » من ا و ب و ح .

(٣) في ١ : « أن يجيب » .

(٤) في ا و ب و ح : « الصيد فيأخذه وإن » .

(٥) كذا في ا و ب و ح ، وليس في ١ : « به » . وفي الأصل : « ولئن أكل منه أو أخذ فلا بأس به » .

(٦) البارة في ا و ح : « لا يؤكل الصيد الأول » . وفي الكاساني (٥ : ٥٣) : « لا يأكل

ما يصيد أولا ولا الثاني ولو أكل الثالث وما بعده » .

(٧) في ا و ب و ح : « إذا أصاب » .

(٨) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « عن » .

(٩) في ا و ب : « فلا » .

(١٠) في ا و ح : « تعلما ثانيا بلا خلاف الأول » .

فأما مصادره قبل ذلك هل يؤكل جديده وقديمه^(١)؟ عند أبي حنيفة:
لا يؤكل ، لأنه ظهر^(٢) أنه ماصار معلما . وعندهما : يحل ، لأن العالم^(٣)
قد ينسى .

والثالث — أن لا يكون الحيوان الجارح الذي يصطاد به محرم العين ،
كالخنزير ، فإنه — وإن كان معلما — لا يحل صيده .

فأما ما سواه من الجوارح ، إذا علم ، يحل صيده ، كالفهد والأسد
والذئب^(٤) والنمر وابن عرس .

والرابع — أن يكون الإرسال^(٥) ممن هو أهل للذبح ، لأن
الإرسال والرمي بمنزلة الذبح ، فلا بد من أن يكون المرسل أهلا ، من
مسلم أو كتابي ، مع سائر الشرائط^(٦) .

والخامس — أن يكون الإرسال^(٧) على ما هو صيد مشاهد معين ،
بأن رأى صيدا أو جماعة فرمى إليهم .

فأما التعيين فليس^(٨) بشرط ، حتى إنه^(٩) لو أصاب صيدا آخر سوى
ما عين^(١٠) ، يحل ، لأن الإرسال وجد إلى الصيد ، وفي التعيين حرج .

(١) كذا في أ . وفي الأصل ب و ح كذا : « وقديمه » . راجع الكسانى . ٥ : ٥٣ . من أسفل .

(٢) كذا في أ . وفي الأصل : « فظهر » . وفي ب : « وظهر به » . وفي ح : « فظهر به » .

(٣) في أ و ح : « العلم » .

(٤) « والذئب » ليست في ب .

(٥) في أ و ح : « المرسل » .

(٦) راجع فيما تقدم أهلية الذبح : ص ٩٩ وما بعدها .

(٧) « الإرسال » ليست في أ و ح . (٨) الفاء من أ و ب و ح .

(٩) « إنه » من أ و ب و ح . (١٠) في أ و ح : « سوى ما عين » .

- ولو أرسل إلى مائيس بصيد من الإبل والبقر والغنم أو آدمى ، فأصاب صيدا ، لا يحل ، لأنه لم يوجد الإرسال إلى الصيد .

- ولو سمع حس صيد ، فظنه صيدا ، فأرسل^(١) عليه كلبه أو رمى سهمه إليه ، فأصاب صيدا ، وبأن له أن ماظنه صيدا فهو غنم أو آدمى ، لا يحل ، لأنه ما أرسل إلى الصيد ، لكنه ظنه كذلك .

- ولو سمع حسا ، ولا يعلم أنه حس صيد أو آدمى ، فأرسل^(٢) ، فأصاب صيدا^(٣) ، لا يحل .

- ولو سمع حسا فظنه آدميا ، فرماه ، وأصاب الذي سمع حسه ، فإذا هو صيد - قالوا^(٤) : يحل ، لأنه رمى إلى محسوس معين^(٥) ، لكنه ظن أنه آدمى ، وقصد الآدمى ، فظهر أنه بطل قصده ، ولكن الرمي صادف محله ، وهو الإرسال إلى محسوس معين ، وهو الصيد ، فصيح إرساله ، وتسميته - كمن أشار إلى امرأته وقال : « هذه الكلبة طالق » : تطلق ، وإن أخطأ الاسم^(٦) .

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فظنه صيدا فهو غنم فأرسل » ف « فهو غنم » سبق قلم ، وسيتبين ذلك فيما يلي .

(٢) « فأرسل » ليست في ا .

(٣) « وبأن له أن ما ظنه ... فأرسل فأصاب صيدا » ساقطة من ب .

(٤) « قالوا » ليست في ا و ح .

(٥) « معين » ليست في ب .

(٦) « رمى إلى محسوس معين ... وإن أخطأ الاسم » من ا . وهى في ب و ح مع خلاف لفظى يسير لا يغير من المعنى شيئا . وفي الأصل بدل هذه العبارة : « لأنه تبين أنه قد قصد الصيد فكان الإرسال إليه » .

- ولو ظن حس صيد^(١)، فرماه أو^(٢) أرسل، فإذا هو حس صيد^(٣)،
غير مأكول أو مأكول، وأصاب صيدا آخر^(٤) : يحل . وقال زفر :
إن كان صيدا لا يؤكل لحمه : لا يحل . وروى عن أبي يوسف أنه قال^(٥) :
إن كان^(٦) خنزيرا لا يحل خاصة . والصحيح قولنا ، لأن الصيد اسم
للمأكول وغيره .

والسادس - أن يكون ، فور الإرسال ، باقيا ، ولا ينقطع إلى
وقت الأخذ^(٧) والإصابة ، حتى إنه إذا أرسل إلى صيد وسمى ، فما أخذ
في ذلك الفور من الصيد فقتله ، يحل . فإذا انقطع الفور ، بأن جثم على
صيد طويلا ثم مر به صيد آخر^(٨) ، فقتله ، لا يحل الثاني .

- وكذلك في الرمي إذا تغير^(٩) ، بأن رمى إلى الصيد ، فذهب به
الريش يمنة أو يسرة ، فأصاب صيدا : لا يحل .

- ولو أصاب السهم حائطا أو صخرة ، فرجع السهم ، وأصاب الصيد :

(١) في ب : « ولو حس صيدا » .

(٢) في ح و ب : « و » .

(٣) « صيد » ليست في ا و ح .

(٤) « آخر » ليست في ب .

(٥) « أنه قال » من ا و ح .

(٦) « كان » ليست في ح .

(٧) في ا : « وقت الإرسال والإصابة » .

(٨) « آخر » ليست في ب .

(٩) في ب : « إذا تعين » .

فإنه لا يؤكل ، وهذا لأن الإرسال انقطع ^(١) فاحتمل ^(٢) أنه حصل ^(٣) بقوة غيره ، ولا ^(٤) يحل مع الشك .

فأما إذا مر على سنته ^(٥) : فإن أصاب الحائط ، فلا بأس به .
- ولو أرسل رجلان كلبين ، أو ^(٦) رميا سهمين ، فأصابا معا صيدا ، فقتلاه ، فهو بينهما ، لوجود السبب منهما جميعا . ولوسبق أحدهما ، فهو له ، لأن سبب الملك والذبح ^(٧) وجد منه سابقا ^(٨) ، وهو الإرسال بآثره ، فكان أولى .

والسابع — التسمية ، في حال الإرسال ، إذا كان ذا كرا لها ، لأن الإرسال والرمي ذبح من الفاعل ، تقديرا ، فيشترط التسمية عنده ، كما في الذبح ، إلا أنه لا يشترط على كل صيد بعينه ، بخلاف الذبح على مامر ^(٩) .
والثامن — أن يلحقه ^(١٠) المرسل ، أو من يقوم مقامهما ، قبل انقطاع الطلب أو ^(١١) التواري عنه . وهذا استحسان ، والقياس أن لا يحل ،

(١) في ا و ح : « انقطع فوراً » .

(٢) في ا و ب و ح : « أو احتمل » .

(٣) « حصل » ليست في ا و ح .

(٤) في ا و ب و ح : « فلا » .

(٥) أي مر في طريقه مستقيما كما هو لم يتغير أي لم يرجع عن وجهه (المغرب) .

(٦) في ب : « و »

(٧) « والذبح » من ا و ب و ح .

(٨) في ا و ب و ح وردت كلمة « سابقا » بعد قوله الآتي : « وهو الإرسال بآثره » .

فكانت العبارة فيها : « وجد منه - وهو الإرسال بآثره - سابقا » .

(٩) راجع فيما تقدم ص ٩٢ - ٩٤ .

(١٠) في ا و ب و ح : « أو » . (١١) في ب : « و » . وفي ح : « إن » .

لاحتمال أنه مات بسبب آخر ، لكن ترك القياس بالآخر والضرورة ،
لأنه لا يمكن الاحتراز عنه .

فأما إذا قعد عن طلبه ثم وجد بعد ذلك ميتاً^(١) : فلا يؤكل ، لأنه لا ضرورة .
و^(٢) أصله ماروى عن ابن عباس أنه سئل عن ذلك فقال : « كُلْ »
ما أصميت ودع ما أنميت^(٣) - قال أبو يوسف : الإصماء ما عاينه ،
والإنماء ما توارى عنه^(٤) .

والناسع — أن لا يدرك ذبحة^(٥) الاختيار^(٦) بأن كان ميتاً . فإن كان
بحال لا يعيش ، ولم يذبحه : ففيه^(٧) اختلاف ، بناء على مسألة المتردية والنطيحة
والموقوذة^(٨) : إذا^(٩) ذبحت هل تحل^(١٠) أم لا ؟ - وهى على وجهين :

- (١) « ميتا » من ا و ح .
- (٢) الواو من ا و ب و ح .
- (٣) فى ح : « ما أنميت » . وانظر الهامش التالى .
- (٤) فى المغرب : « فى الحديث : كُلْ ما أصميت ودع ما أنميت - الإصماء أن يرميه
فيموت بين يديه سريعاً ، والإنماء أن يغيب بعدما أصابه ثم يموت » .
- (٥) فى ا و ح : « ذبح » .
- (٦) كذا فى ب و ا . وفى ح والأصل : « الاختيارى » .
- (٧) فى ا و ح : « أو كان بحال لا يعيش أو لم يذبحه فيه » . وفى ب : « أو كان
بحال لا يعيش أو لم يذبحه فيه » .
- (٨) قال تعالى فى الآية الثالثة من سورة المائدة : « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير
وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيت وما
ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام - ذلکم فتی . اليوم یئس الذین کفروا من دینکم فلا
تخشوهم واخشون . اليوم اکملت لکم دینکم وأتمممت علیکم نعمتی ورضیت لکم الإسلام دیناً فمن
اضطر فى مخصه غیر متجاف لإثم فإن الله غفور رحیم » .
- و المتردية التى سقطت فماتت من غیر ذکاة . والنطيحة التى ماتت من النطح من غیر ذکاة .
والموقوذة التى قتلت بالخشب أو بغيره فماتت من غیر ذکاة - من وقد بمعنى ضرب حتى استرخى
وأشرف على الموت (المصباح) .
- (٩) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « وإذا » .
- (١٠) فى ا و ح : « إذا ذکیت هل تحل له » .

إِنْ كَانَ فِيهَا حَيَاةٌ ^(١) مُسْتَقَرَّةٌ : حَلَّتْ بِالذَّبْحِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا . وَإِنْ كَانَتْ فِيهَا حَيَاةٌ وَلَمْ يَكُنْ فِيهَا مُسْتَقَرَّةٌ : تَحُلُّ بِالذَّبْحِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ^(٢) : إِنْ كَانَ فِيهَا مِنَ الْحَيَاةِ ^(٣) مَا يَمِيشُ مِثْلَهَا : تَحُلُّ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَمِيشُ مِثْلَهَا ^(٤) : لَا تَحُلُّ .

وَقَالَ مُحَمَّدٌ : إِنْ بَقِيَ حَيًّا أَكْثَرَ مِنْ بَقَاءِ الْمَذْبُوحِ بَعْدَ الذَّبْحِ : يَحُلُّ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ : إِذَا وَجَدَ ^(٥) حَيًّا : تَبْطُلُ الذَّكَاءُ الْإِضْطِرَارِيَّةُ < عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ^(٦) وَإِنْ لَمْ ^(٧) يَكُنْ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ ، وَعِنْدَهُمَا : عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قُلْنَا ^(٨) .

وَلَوْ أَبَانَ رَأْسَ الصَّيْدِ وَاسْمَى : يَحُلُّ كُلُّهُ ^(٩) . وَلَوْ قَطَعَ عَضْوًا مِنْهُ سِوَى الرَّأْسِ ، فَمَاتَ : لَمْ يَأْكُلْ الْعَضْوُ الْمَبَانِ ، وَيَحُلُّ الْبَاقِي ^(١٠) . لَا تُفْزَلُ الْأَوْدَاجُ تَنْقَطَعُ ^(١١) بِإِبَانَةِ الرَّأْسِ ، فَيَكُونُ ^(١٢) ذَبْحًا .

(١) « حَيَاةٌ » سَاقِطَةٌ مِنْ أ .

(٢) فِي أ : « أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ » . وَانْظُرْ مَا يَلِي فِي الْمَقْتَبِ .

(٣) « إِنْ كَانَ فِيهَا مِنَ الْحَيَاةِ » سَاقِطَةٌ مِنْ أ .

(٤) « مِثْلَهَا » لَيْسَتْ فِي ح وَ أ .

(٥) فِي ب : « وَجَدَهُ » .

(٦) فِي ح : « الْإِضْطِرَارِيَّةُ يَحُلُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ » .

(٧) « لَمْ » سَاقِطَةٌ مِنْ ح .

(٨) كَذَا فِي أ وَ ب وَ ح . وَفِي الْأَصْلِ زَادَ : « بَأَنَّ كَانَ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ » . وَانْظُرْ

الْكُتُبَ ، ٥ : ٥٠ : ٢ مِنْ أَسْفَل - ٥١ .

(٩) فِي أ وَ ب وَ ح : « يَحُلُّ أَكُلَهُ » . رَاجِعْ ص ٩٧ .

(١٠) فِي أ وَ ح : « وَأَكْلُ الْبَاقِي » - « وَلَوْ قَطَعَ ... الْبَاقِي » لَيْسَتْ فِي ب .

(١١) فِي ب : « تَنْقَطَعُ » . وَرَاجِعْ فِيمَا تَقْدِمُ ص ٩٥ وَمَا يَتَّبِعُهَا .

(١٢) كَذَا فِي أ وَ ب وَ ح . وَفِي الْأَصْلِ : « لَيَكُونُ » .

وإذا قطع عضوا غيره ، لا يؤكل الجزء المبان ، لأن الموت حصل
والجزء مبان — قال عليه السلام ^(١) : « ما أبين ^(٢) من الحى فهو ميت » .
ولو قطع نصفين ^(٣) طولاً أو عرضاً : يحل ^(٤) أكله ، لأن الموت
يحصل بهذا الفعل ، فيكون ^(٥) الكل مذكى ذكاة اضطرار ^(٦) .
وإن كان أحد النصفين أكثر : < ف > إن كان مما يلي الرأس أقل :
يؤكل كله ؛ وإن كان أكثر : أكل ^(٧) مما ^(٨) يلي الرأس ولا يؤكل
ماسواه ، لأن الأوداج متصلة من القلب إلى الدماغ ، فتى كان النصف
الذى يلي الرأس أقل ، يكون ذكاة ^(٩) بقطع الأوداج ، ومتى كان
أكثر كان ذكاة ^(١٠) الاضطرار فيكون ذلك عند الموت ، فيكون
الجزء الذى بان ، فات حياته قبل الذكاة ، فيكون ميتة ^(١١) .

-
- (١) فى ا : « وإذا قطع عضوا غيره فالموت حصل والمضو المبان لا يحل لقوله عليه السلام » .
وفى ب : « وإذا قطع عضو غيره فالموت حصل والمضو مبان لا يحل لقوله عليه السلام » .
وفى ب : « وإذا قطع عضوا غيره فالموت حصل والمضو مبان فلا يحل أكل المضو المبان لقوله
عليه السلام » .
(٢) أى فصل من أبان بمعنى فصل ، ويقال : بان النوى : إذا انفصل (المصباح) .
(٣) كذا فى الكسانى ، ٥ : ٤٥ : ٢ . وفى الأصل وغيره : « بنصفين » . وعبارة
الكسانى : « ولو ضرب صيداً بسيف فقطعه نصفين » .
(٤) « يحل » من ا و ب و ح .
(٥) فى ا و ب و ح : « فيصير » .
(٦) كذا فى ب . وفى الأصل و ا : « اضطرارى » . وفى ح : « الاضطرارى » .
(٧) « أكل » ليست ا و ح .
(٨) فى ب : « أكل ما » .
(٩) و (١٠) فى ا و ح : « ذكاته » .
(١١) « لأن الأوداج ... فيكون ميتة » من ب . وهى فى ا و ح مع خلاف يسير فى
بعض الألفاظ لا يغير من المعنى . وفى الأصل فى هذا الموضع علامة نقص ولكن لم يظهر فى
الهامش ما يكمل هذا النقص . وانظر ما سيأتى فى الصفحة التالية .

ولو قطع أقل الرأس: لا يحل المبان ، ويحل الباقي - لأن هذا ذكاة الاضطرار، فلا يحل المبان قبل الموت^(١).

ولو بقى أقل الرأس وقطع الاكثر: يحل كله ، لأنه صار ذكاة بقطع المروق^(٢).

ولو قطع^(٣) الرأس نصفين^(٤) : <ف> على قول أبي حنيفة ومحمد: يحل كله^(٥)، وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال : لا يحل المبان ، فكان عنده أن المروق متصل بالنصف الذى يلي البدن ، وعندهما : متصلة بالماغ ، فتصير مقطوعة بقطع النصف^(٦).

(١) « قبل الموت » من باب وفيها : « لأن هذه ذكاة الاضطرار ولا يحل المبان قبل الموت » . و « لأن هذه ذكاة الاضطرار ... الموت » ليست فى ا و ح .

(٢) « ولو بقى ... المروق » ليست فى ا و ح . وهى فى ب كالآتى : « وإن قطع الاكثر يحل أكله ، لأنه صار ذكاة بقطع المروق » .

(٣) فى ب : « ولو بقى أقل الرأس وقطع » .

(٤) كذا فى الكاسانى : (٥ : ٤ : ٩٠) وفى الأصل وغيره : « بنصفين » .

(٥) فى ا و ب و ح : « أكله » .

(٦) « بقطع النصف » ليست فى ا و ح . راجع الصفحة السابقة .

كتاب الأضحية

يحتاج^(١) إلى :
بيان أن الأضحية واجبة أم لا ؟
وإلى بيان شرائط الوجوب ،
وبيان^(٢) شرائط الأداء ، وإلى بيان كيفية القضاء^(٣) ،
وإلى بيان ما يجوز في الأضحية وما لا يجوز ، وإلى بيان ما يكره^(٤) .
أما الأول - < فنقول > :
قال أصحابنا : إن الأضحية واجبة على المقيمين ، من أهل الأمصار
والقرى والبوادي ، من الأعراب والتركمان .
وقال الشافعي : سنة - وهو^(٥) إحدى الروايتين عن أبي يوسف .
وأجمعوا أنها لا تجب على المسافرين .

(١) كذا في أ و ب . وفي الأصل : « قال : يحتاج » . وفي ح : « قال رحمه الله : يحتاج » .
(٢) « بيان » من ب .
(٣) كذا في أ و ح . وفي الأصل و ب : « كيفية وجوب القضاء » .
(٤) في أ : « وبيان ما يكره وما لا يكره » وفي ب : « وبيان ما يكره » وفي ح :
« وبيان لم يكره » .
(٥) في ب : « وهى » . وفي ح : « أحد » .

والصحيح قولنا ، لقوله تعالى : « فصل لربك وانحر »^(١) - قال أهل التفسير : المراد منه صلاة العيد ، ونحر الأضحية ، والأمر^(٢) للوجوب ، والنص ورد في حق المقيم ، لأن الخطاب للرسول عليه السلام ، وهو حكم لا يعرف بالقياس ، فلا^(٣) يتعمد إلى المسافر ، كما في الجمعة والعيدين .

وأما شرائط الوجوب

فمنها^(٤) - البسار : وهو اليسار الذي تعلق^(٥) به وجوب صدقة الفطر ، دون اليسار الذي تعلق^(٦) به وجوب الزكاة على ما ذكرنا في كتاب الزكاة^(٧) .

ومنها - الإسلام : لأنها^(٨) عبادة وقرية .

ومنها - الوقت : فإنها لا تجب قبل أيام النحر . ولهذا لو ولدت المرأة ولدا بعد أيام النحر لا تجب الأضحية لأجله . ولو مات الولد في وسط أيام النحر لا تجب الأضحية^(٩) ، لأن الوجوب يتأكد في آخر^(١٠)

(١) الكوثر : ٢ والسورة : « إنا أعطيناك الكوثر . فصل لربك وانحر . إن شئت هو الأثر » .

(٢) في أو ح : « ونحر الإبل أضحية أمر والأمر » وفي ب : « ونحر الإبل أضحية والأمر » .

(٣) في ح : « ولا » .

(٤) « ف » من أو ب و ح .

(٥) و (٦) كان في الأصل : « يتعلق . . . تعلق » وفي ب : « تعلق . . . تعلق » وفي أو ح : « يتعلق . . . يتعلق » فجعلنا الأول في المتن « تعلق » أخذنا من ب ليكون الفعلان ماضيين .

(٧) راجع في الجزء الأول من ٤٦٣ - ٤٦٨ وخصوصاً ٤٦٧ - ٤٦٨ و ص ٥١١ .

(٨) كذا في أو ب و ح . وفي الأصل : « لأنها » .

(٩) في أ : « أضحيته » . و « لأجله » . لا تجب الأضحية » ساقطة من ب .

(١٠) « آخر » ليست في ب .

الوقت . وكذا كل^(١) من مات من أهل وجوب الأضحية ، لما ذكرنا .
وأما البلوغ والعقل - هل يشترط ؟ فعند أبي حنيفة وأبي يوسف :
ليس بشرط ، حتى تجب على الصغير ، إذا كان غنيا ، في ماله - حتى لو
ضحى الأب أو الوصي من ماله^(٢) : لا يضمن^(٣) .
وعند محمد وزفر : لا يجب على الصغير - حتى يضمن^(٤) الأب والوصي .
ولو كان مجنونا موسرا^(٥) : تجب في ماله ، ويضحي عنه الولي - هذا
هو المشهور ، كما في صدقة الفطر^(٦) . وفي رواية فرق بين صدقة
الفطر وبين الأضحية^(٧) وقال : لا تجب الأضحية في ماله .

ولا خلاف بين أصحابنا أنه تجب الأضحية على الموسر بسبب أولاده
الصغار ، دون الكبار ، بمنزلة صدقة الفطر^(٨) ، إذا لم يكن للصغار مال ،
لكن إذا ضحى من مال الصغير لا يتصدق به^(٩) ، لأن الواجب هو
الإيالة ، فأما التصدق باللحم < ف > تطوع^(١٠) ، ومال الصغير لا يحتمل

(١) « كل » من أوب و ح .

(٢) « من ماله » ليست في ح .

(٣) زاد هنا في ب : « الأب » .

(٤) في ح : « حتى لو ضحى يضمن » .

(٥) في ب : « مجنونا أو موسرا » .

(٦) راجع في الجزء الأول ص ٥١٢ - ٥١٣ .

(٧) في ب : « الأضحية » . وراجع ح ١ ص ٥١٢ - ٥١٣ .

(٨) راجع في الجزء الأول ص ٥١٢ و ٥١٣ وما بعدها .

(٩) « به » ليست في أ و ح .

(١٠) في ح : « للتبرع » . وفي أ : « التبرع » .

التبرع ، فينبغى أن يطعم الصغير ، ويدخر له ، أو يستبدل لحومه^(١) بالأشياء التي ينفع بها الصغير ، مع بقاء أعيانها ، كما في جلد الأضحية .

وأما شرائط الأداء ، وكيفية القضاء <

فمنها - وقت الفجر^(٢) : فإنه لا يصح التضحية^(٣) إلا في أيام النحر ، ولو ذهب الوقت تسقط التضحية^(٤) . إلا أن في حق المقيمين في الأُمصار يَسْرُطُ سُرْطَ آخِر : وهو أن يكون بعد صلاة العيد ، بالحديث^(٥) ، حتى^(٦) إن في حق أهل القرى تجوز التضحية في أول الوقت .

وإن دخل الرستاقى^(٧) المصر لصلاة العيد ، وأمر أهله بأن يضحوا عنه : لهم أن يضحوا عنه قبل صلاة العيد^(٨) .

والمعتبر مكان الذبيحة لا مكان المذبوح عنه ، في ظاهر الرواية . وفي رواية : مكان المذبوح عنه^(٩) ، وهو قول الحسن^(١٠) .

(١) « لحومه » من اوب و ح .

(٢) في اوب و ح : « وقت النحر » - انظر فيما يلي ص ١١٧ والكاساني ، ٥ : ٦٥ و ٥٧٣ .

والمغيناني . الهداية ، ٤ : ٥٣ .

(٣) و (٤) في ا و ح : « الأضحية » . راجع ح ١ ص ٢٧٧ - ٢٧٨ .

(٥) في ا و ح : « للحديث » - وهو قوله عليه السلام : « من ذبح قبل الصلاة فأيده ذبيحته . ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين » . وقال عليه السلام : « إن أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية » (الهداية ، ٤ : ٥٣ - ٥٤) .

(٦) « حتى » ساقطة من ب .

(٧) الرستاق نسبة إلى الرستاق والرستاق . مرب ويستعمل في الناحية التي هي طرف الإقليم والجمع رساتيق (المصباح) .

(٨) في اوب و ح : « له أن يضحي قبل أداء الصلاة » .

(٩) « في ظاهر الرواية . . . المذبوح عنه » ليست في ب .

(١٠) في اوب و ح : « الحسن عنه » .

وكذلك إذا ترك الصلاة يوم النحر ، لمذر أو لغير عذر : يجوز أن يضحي بعد انتصاف النهار .

وفي اليوم الثاني والثالث ^(١) ، سواء صلوا ^(٢) صلاة العيد أو لم يصلوا : لهم أن يضحوا قبل صلاة العيد ^(٣) ، لأن الترتيب في اليوم الأول ثبت ، بالحديث ^(٤) ، غير معقول المعنى ، فاقصر عليه إذا صلى أو مضى وقت الصلاة ^(٥) . ثم أيام النحر ثلاثة : يوم الأضحية ^(٦) وهو العاشر من ذى الحجة ، والحادي عشر ، والثاني عشر - يجوز التضحية ^(٧) في نهار هذه الأيام ولياليها ، بعد ^(٨) طلوع الفجر من اليوم الأول إلى غروب الشمس ^(٩) من اليوم الثاني عشر ، غير أنه يكره الذبح بالليل - وهذا عندنا . وعند الشافعي : أربعة أيام وزاد ^(١٠) اليوم الثالث عشر .

والصحيح قولنا - لما روى عن عمر وعلى وابن عباس وابن عمر وأنس ^(١١) رضي الله عنهم ، وغيرهم ، أنهم قالوا : « أيام النحر ثلاثة ، أفضلها أولها » -

(١) راجع وقت صلاة العيد في الجزء الأول ، ص ٢٧٧ - ٢٧٨ .

(٢) في أ و ب و ح : « والثالث وإن صلوا » .

(٣) « أو لم يصلوا . . . صلاة العيد » ليست في ب . راجع ح ١ ص ٢٧٧ - ٢٧٨ .

(٤) سيأتي بعد قليل في المتن . راجع ح ١ ص ٢٧٧ - ٢٧٨ . وانظر الهداية ، ٤ : ٤٤ .

(٥) في أ : « أو مضى وقت أيام النحر » . وفي ح : « أو مضى وقت » . راجع الهامش السابق .

(٦) في أ و ح : « يوم الأضحية » .

(٧) « يجوز التضحية » ليست في أ و ح .

(٨) في أ و ح : « ولياليها أولها بعد » .

(٩) « الشمس » ساقطة من ح .

(١٠) « أربعة أيام » ساقطة من ح . وفي ب : « أربعة أيام فزاد » . وفي أ : « وعند الشافعي زاد » .

(١١) « وأنس » من أ و ب و ح . وهو أنس بن مالك خادم رسول الله صلى الله عليه

وسلم مدة إقامته بالمدينة وتوفي بالبصرة سنة ٩٣ هـ (أو نحوها) . (النووي ، التهذيب) .

فإذا مضت^(١) هذه الأيام ، فقد فات الذبح في حق من لم يذبح - حتى لا^(٢) يجوز له أن يذبح .

. . .

ثم^(٣) إن كان أوجب شاة بعينها ، أو اشتراها ليضحي بها ، فمضت أيام النحر^(٤) ، قبل أن يذبحها ، تصدق بها حية ، ولا ينقص منها شيئاً^(٥) من الشعر واللبن ، ولا يأكل من لحمها ، لأنه انتقل الواجب من إراقة الدم إلى التصديق .

وإن لم يوجب ، أو لم^(٦) يشتري ، و^(٧) الرجل موسر ، وقد مضت أيام النحر ، < فإن > عليه أن يتصدق بقيمة الشاة ، التي تجوز في الأضحية ، لما قلنا .
وأما بيان ما يجوز في الأضحية ، وما لا يجوز < وما بكره > :
وذلك أنواع :

ضربها :

أنه لا يجوز^(٩) في الضحايا والهدايا^(١٠) إلا الثني من الإبل والبقر

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله الذي هدانا لهذا
ما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « مضى » .

(٢) « لا » ساقطة من ا و ح .

(٣) هذا بيان كيفية القضاء .

(٤) أيام النحر « ليست في ب » .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « شيء » .

(٦) في ا و ب و ح : « ولم » .

(٧) الواو من ا و ب و ح .

(٨) التاء من ا و ح .

(٩) « يجوز » ساقطة من ح .

(١٠) الهدى ما يهدي إلى الحرم من شاة أو بقرة أو بعير . الواحدة هدية - كطية ومطايا

(المغرب) . وراجع في الجزء الأول ص ٦٣٤ وما بعدها .

والغنم ، والجذع من الضأن خاصة إذا كان عظيماً .

ثم الثني من الإبل عند الفقهاء ابن خمس سنين^(١) ، ومن البقر ابن سنتين^(٢) ومن الغنم ابن سنة^(٣) . والجذع من الإبل ابن أربع سنين^(٤) ، ومن البقر ابن سنة^(٥) ، ومن الغنم ابن ستة أشهر - هكذا حكى القدوري^(٦) . وذكر الزعفراني^(٧) في « الأضاحي » وقال : الجذع ابن سبعة أشهر أو ثمانية ، فأما ابن ستة أشهر فهو حَمَل^(٨) .

. . .

(١) زاد في ١ : « وطن في السادسة » . وفيما بعد الهامش ٨ .

(٢) زاد في ١ : « وطن في الثالثة » . راجع ١ ص ٤٤٥ . وفيما بعد الهامش ٨ .

(٣) زاد في ١ : « وطن في الثانية » . راجع ١ ص ٤٤٦ . وفيما بعد الهامش ٨ .

(٤) زاد في ١ : « وطن في الخامسة » . وانظر فيما بعد الهامش ٨ .

(٥) زاد في ١ : « وطن في الثانية » . وانظر فيما بعد الهامش ٨ .

(٦) راجع ترجمته في الهامش ٨ ص ١ من الجزء الأول .

(٧) قال في الفوائد البهية (ص ٦٠) : « الحسن بن أحمد بن مالك أبو عبد الله الفقيه الزعفراني - كان إماماً ثقة رتب الجامع الصغير لمحمد بن الحسن ترتيباً حسناً وميز خواص مسائل محمد عما رواه عن أبي يوسف وجمله مبوباً ولم يكن قبل مبوباً ، وله كتاب « الأضاحي » وهو غير محمد بن أحمد بن محمد بن عبدوس بن كامل أبو الحسن الدلال المعروف بالزعفراني وغير أحمد بن الأخير المعروف أيضاً بالزعفراني » . (راجع ترجمتهما في الجواهر وفي الفوائد) .

(٨) « وذكر الزعفراني . . . أشهر فهو حمل » من ب . و « هكذا حكى القدوري . . . الجذاع ابن سبعة أشهر » ساقطة من ح و ا . فقي ح : « ابن ستة أشهر أو ثمانية » . فأما ابن ستة أشهر فهو حمل . وفي ا : « ومن الغنم ابن ستة أشهر أو سبعة أو ثمانية وأما ابن أقل من ستة أشهر فهو حمل » . وفي الكاساني (٥ : ٧٠ : ١٥) : « وذكر الزعفراني في الأضاحي : الجذع ابن ثمانية أشهر أو تسعة أشهر . والثني من الشاة والمز ما تم له حول وطن في السنة الثانية ، ومن البقر ما تم له حولان وطن في السنة الثالثة ، ومن الإبل ما تم له خمس سنين وطن في السنة السادسة - وتقدير هذه الأسمان بما قلنا يمنع النقصان لا يمنع الزيادة » .

ولا يجوز الجمل والجذى والعجل^١ والفصيل^(١) في الأضحية .

ولا يجوز في الأضاحي شيء من الوحش ، لعدم ورود الشرع . وإن كان متولدا ، من الوحش^(٢) والائسي^(٣) : فالمعتبر فيه جانب الأم .

والإبل والبقر يجوز من سبعة نفر على ماروى جابر^(٤) أنه قال : نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة^(٥) عن سبعة والبقرة عن سبعة . ولا تجوز الشاة عن أكثر من الواحد ، وإن كانت^(٦) عظيمة قيمتها قيمة شاتين ، لأن القرابة إراقة الدم ، وذلك لا يتفاوت .

ولكن إنما يجوز بشرط أن يكون قصدهم من التضحية التقرب إلى الله تعالى ، سواء كان من نوع واحد ، كما إذا كانوا شركاء في الأضحية^(٧) أو^(٨) في الهدى ، أو من أنواع مختلفة بأن كان نوى أحدهم الأضحية والآخر الهدى والآخر دم الكفارة ونحو ذلك ، ولكن^(٩)

(١) في المغرب : الجمل زوج الناقة ولا يسمى بذلك إلا إذا بزل ، والبازل من الإبل ما دخل في السنة التاسعة . والجذى من أولاد المزد في السنة الأولى . والعجل من أولاد البقر حين نضجه أمه إلى شهر . والفصيل الرضيع فصل (أي فطم) عن أمه .

(٢) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « الوحش » . وانظر الهامش التالي .

(٣) « والائسي » من ا و ب . وكذا في الكسانى (٧ : ٦٩ : ٥ من أسفل) . وفي ح :

« والإئسي » . وراجع الهامش السابق .

(٤) راجع ترجمته في الهامش ٤ ص ٨٨ وحيث أطلق جابر في صحيح البخارى ومسلم فهو جابر بن عبد الله (النووى فى التهذيب) .

(٥) البدنة الإبل ذكر كان أو أنثى (المغرب والمصباح) . وراجع ح ١ ص ٦٠٧ هامش ٣

(٦) التاء من ا و ب و ح .

(٧) في ا و ح : « التضحية » .

(٨) في ب : « و » .

(٩) « ولكن » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « وكان » .

الأفضل أن تكون الشراكة في نوع واحد . فاما إذا كان أحد الشركاء أراد بالذبح اللحم لا التقرب ، أو كان أحدهم ذميا - لم يقع عن الضحية ، لأنها مما لا يتجزأ ، فإذا ^(١) لم يكن البعض قرينة بطل الكل .

والنوع الثاني : ما لا يجوز بسبب العيب ، وما ^(٢) يكره - فقول : العيب القليل لا يمنع ، والكثير يمنع : فذاهبة ^(٣) العين الواحدة ، وهي ^(٤) الموراء ، ومقطوعة الأذن الواحدة ، ومقطوعة الإلية والذنب - كلها لا تجوز .

فأما إذا كان الذاهب بعض بصر العين ، أو بعض الأذن والإلية والذنب - ففيه ثلاث روايات :

في ظاهر الرواية : الثلث وما دونه قليل ، وما زاد عليه فهو كثير .
وفي رواية : الثلث وما زاد فهو كثير ، وما دون الثلث قليل .
وفي رواية أبي يوسف - وهو قوله : النصف وما زاد فهو كثير ، وما دون النصف قليل ^(٥) .

ولا يجوز السكاء ^(٦) التي ^(٧) لا أذن لها في الحلقة . وإن كانت

(١) في أ و ح : « فأما إذا » .

(٢) « ما » من أ و ح .

(٣) التاء من أ و ح .

(٤) « هي » ساقطة من أ و ح .

(٥) « وما زاد عليه فهو كثير وفي رواية ... وما دون النصف قليل » ساقطة من ب .

(٦) في المغرب : السكك صغر الأذن . ورجل أسك وعنز سكاء . وهي عند الفقهاء التي لا أذن لها إلا الصباخ .

(٧) كذا في أ و ح . وفي الأصل و ب : « الذي » .

صغيرة^(١) : يجوز .

والهتاء التي^(٢) لا أَسنان لها : لا يجوز ، فإذا كان لها بعض الأَسنان :

< ف > إن كانت لا تعتلِف ويصب في حلقةا : لا يجوز . وإن كانت^(٣) تعتلِف : يجوز .

والمجفاء التي^(٤) لا تنقى^(٥) : لا يجوز .

وكذلك العرجاء التي لا تَمْشِي إلى المنسك . وإن كانت^(٦) تقدر على

المشي مع العرج : جاز .

والثولاء وهي المجنونة : جاز .

وكذا الجرباء السمينَة : جاز .

كذلك الحَصِي : جاز ، وعن أبي حنيفة : إنه أحب إلى ، لأنه أطيب لهما^(٧) .

. . .

(١) في الأصل و ا و ب و ح : « وإن كان صغيرا » .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « الذي » .

(٣) التاء من ا و ب و ح .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « الذي » .

(٥) قال الكسائي (٥ : ٧٥ : ٨) : « والمجفاء التي لا تنقى وهي المهزولة التي لا تنقى لها وهو المنخ » . وقال الباري (العناية ٨ : ٧٤) : « والمجفاء التي لا تنقى هي التي ليس لها نقي أي منخ من شدة المجف » . وقال الريلي (التبيين ٥ : ٦) : « ... لما روى عن البراء بن عازب أنه عليه الصلاة والسلام قال : أربيع لا تجوز في الاضاحي : المرءاء البين عورها ، والمریضة البين مرضها ، والمجفاء البين ظلمها ، والكبيرة التي لا تنقى » . وفي المغرب : « والنقي المنخ ومنه نسي أن يضحي بالمجفاء التي لا تنقى أي ليس لها نقي لشدة عجبها » . وفي المنجد : « أنقت الإبل وغيرها : سمت وصار فيها نقي ، فهي مُنْقِيَة » .

(٦) التاء من ا و ب و ح .

(٧) « لهما » من ا و ب و ح . وفي الأصل هكذا : « أطيب وكذا الجما » .

وما جازم العيب: فهو مع الكراهة . وإنما المستحب هو السليمة
عن العيوب الظاهرة .

ولو اشترى سليمة للأضحية ، أو أوجب على نفسه ذبح شاة بعينها ،
ثم ظهر بها عيب يمنع عن الجواز ، يوم النحر ، فإنه لا يجوز ، لأن العبرة
لوقت الذبح ، لكن إذا اعترضت آفة^(١) عند الذبح ، بإصابة السكين
عينها ونحو ذلك^(٢) : « فـ » لا بأس به ، لأنه من ضرورات الذبح - وهذا
فى حق الموسر ، لأنه وجب عليه أضحية كاملة بإيجاب الله تعالى^(٣) .

فأما إذا كان معسرا اشتراها للأضحية ، أو أوجبها بعينها ، ثم اعترضت
آفة مانعة عن الجواز : يجوز له أن يضحى بها ، لأنها معينة فى حقه ،
فقوات^(٤) بعضها كفوات كلها ، حتى لا يجب عليه شئ ، لكونها معينة^(٥) -
حتى^(٦) لو أوجب الفقير^(٧) أضحية بغير عينها ، فاشترى صحيحة^(٨) ثم
تعينت^(٩) قبل الذبح بعيب مانع ، فضحى ، لا يسقط عنه الواجب ، لما قلنا .

(١) « آفة » ليست فى ب . وانظر الهامش التالى .

(٢) فى ا و ح : « ... إذا اعترضت عنها آفة عند الذبح بإصابة السكين ونحو ذلك » .

(٣) فى ا و ب و ح : « بإيجاب الشرع » .

(٤) فى ا و ب و ح : « وفوات » .

(٥) فى الأصل : « معينة » . وانظر الهامش التالى .

(٦) فى ا و ب و ح : « كفوات كلها فلا شئ عليه حتى » .

(٧) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « الفقراء » .

(٨) فى ا و ح : « أو اشترى أضحية » .

(٩) التاء من ا و ب و ح . وفى ح : « تعينت » .

واو ذبح إنسان أضحية صاحبه ، بغير أمره ، جاز ، من صاحبه ، استحسانا .
وكذلك لو غلطا ، فضحى ^(١) كل واحد منهما أضحية صاحبه ^(٢) ،
لأن الإذن ثابت من حيث العادة ، دلالة ^(٣) ، ويترادان اللحم ، فإن
جواز ^(٤) ذلك لصاحبه بالاذن ، فإن لم يرص كل واحد منهما بفعل
صاحبه ، صريحا ، يكون أضحية كل واحد ماضحى بنفسه ، وجاز عنه ،
ويضمن لصاحبه ، وصار غاصبا له بالأخذ ، ويصير مالكا سابقا على الذبح ،
فيصير مضحيا ملك نفسه ، فجاز .

وكذا من غصب شاة إنسان ، وضحى بها : يضمن قيمتها ، وتجوز عن
أضحيتها ، فى الرواية المشهورة ، لما ذكرنا - بخلاف المودع : إذا ذبح
الشاة الوديعه وضمن ، لا يجوز ، لأنها لم تكن مضمونة وقت الذبح -
لهذا افترقا .

ويكره له أن يحلب لبن الأضحية ، وأن يجز صوفها قبل التضحية ،
لأنها من أجزاء الأضحية ، ولو فعل يتصدق بها ^(٥) . ولو باع شيئا منها
يتصدق بثمنها .

وأما بعد الذبح فلا بأس بذلك .

• • •

(١) فى ا و ح : « فذبح » . وانظر الهامش التالى .

(٢) « بغير أمره ... أضحية صاحبه » ليست فى ب .

(٣) « دلالة » ليست فى ا .

(٤) « جواز » ليست فى ا و ب و ح .

(٥) فى ب : « به » .

ولو ولدت - قالوا يذبح ولدها معها ^(١) . وقال بعضهم بأنه لا يذبح ،
ولكن يتصدق ^(٢) بالولد ، لأنه ليس ^(٣) بمحل للأضحية .

. . .

وللمضحى أن يأكل من أضحيته : إن شاء كلها ، وإن شاء أطعم
الكل . والاحب أن يتصدق بالثلثين ^(٤) ويأكل الثلث إن كان موسرا .
وإن كان ذا عيال ، وهو وسط الحال في اليسار ، فله أن يتوسع بها على
عياله ^(٥) ، ويدخر منها ماشاء ، وينتفع بجلدها وشعرها ، وله أن يستبدلها
بشيء ^(٦) ينتفع بعينه ، كالجراب والمنخل ^{عنك} والثوب ^(٧) .

ولو باع ذلك أو باع لحما : فإنه يجوز بيعه ، ولا ينقض البيع في جواب
ظاهر الرواية ، لكن يتصدق بالثمن . وعلى قول أبي يوسف : له أن ينقض
البيع ، لأنه بمنزلة الوقف عنده في قول ^(٨) .

(١) العبارة في أ : « ولو ولدت الأضحية قال بعضهم : يذبح الولد معها » .

(٢) في ح : « لا يذبح ويتصدق » . وفي ب : « ولكن لا يتصدق » .

(٣) « ليس » ساقطة من ح . وفيها : « لأنه بمحل الأضحية » .

(٤) في ح : « بالثلث » .

(٥) في أ و ب و ح : « لعياله » .

(٦) في ح : « وله أن يستعمل بها شيئاً » . وفي أ : « وله أن يستعمل بها ينتفع » . وفي ب :

« وله أن يستبدل شيئاً »

(٧) في أ : « والمنخل والتربال » .

(٨) « في قول » ليست في ب وزاد في ح و أ : « والله أعلم » . وفي ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب

الغصب

مسائل^(١) الغصب تبثني على : معرفة حد الغصب ، وبيان حكمه .

أما حد الغصب الموجب للضمان — < فنقول > :

هو إزالة يد المالك ، أو صاحب اليد ، عن المال ، بفعل في العين^(٢) .
فأما إثبات اليد على مال الغير ، على وجه التعدي ، بدون إزالة اليد :
< فـ > يكون غصبا موجبا للرد ، لا موجبا للضمان — وهذا عندنا^(٣) .

وقال الشافعي : حده إثبات اليد ، على وجه التعدي .

ولهذا قلنا : إن من سكن دار غيره ، بغير إذنه ، وأخرج صاحبها عنها لو^(٤) كان فيها ، أو زرع أرض غيره ، بغير إذنه : يكون غصبا موجبا للرد ، ولا يكون موجبا للضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

(١) في ح : « قال رحمه الله : مسائل » .

(٢) في ا و ح كذا : « بفعل أو عن العين » .

(٣) في مذهب الحنفية تفصيل نورده عن الكاساني (٧ : ١٤٣ : ٢) فيما يلي : « أما حد الغصب فقد اختلف العلماء فيه : قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما : هو إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال . وقال محمد رحمه الله : الفعل في المال ليس بشرط لكونه غصبا . وقال الشافعي رحمه الله : هو إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه والإزالة ليست بشرط » . وانظر ما يلي في المتن .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « أو » .

وعلى قول محمد والشافعى : يجب الضمان لو خربت الدار ، أو غرق^(١) العقار - والمسألة معروفة .

ولو استخدم مملوك رجل بغير إذنه ، أو بعثه فى حاجة ، أو ركب دابته ، أو حمل عليها شيئاً ، فهلك : فهو ضامن - لما قلنا .

وإن لم ينقل^(٢) شيئاً مما يحتمل النقل ، كما إذا جلس على بساط الغير : لا يضمن .

ولهذا قلنا : إن زوائد الغصب ، متصلة كانت أو منفصلة ، من الولد واللبن والصوف والسمن : لا تكون مغصوبة^(٣) ، خلافاً للشافعى ، لعدم إزالة اليد .

ولو جاء المالك وطلب الزوائد ، فمنعها : يضمن ، بالاجماع .

فأما لو باعها وسلمها إلى المشتري :

< ف > فى المنفصل : المالك^(٤) بالخيار : إن شاء ضمن البائع ، وإن شاء

ضمن المشتري ، قيمته ، يوم البيع والتسليم .

فأما فى الزوائد المتصلة : فللمالك أن يضمن الغاصب^(٥) قيمة المغصوب

يوم الغصب ، وليس له أن يضمه قيمة الزوائد يوم البيع - إنما له أن^(٦)

يضمن المشتري^(٧) قيمة المغصوب مع الزوائد المتصلة يوم القبض بالشراء^(٨) -

(١) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « غرق » .

(٢) « ينقل » ساقطة من ب .

(٣) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « لا يكون مغصوباً » .

(٤) فى ا : « فالمالك » . وفى ح : « والمالك » .

(٥) « قيمته يوم البيع . . . يضمن الغاصب » ليست فى ب .

(٦) « فللمالك . . . أن » من ا و ب و ح مع ملاحظة أن فيها « إنما له » فجعلناها

« إنما له » . وانظر الهامش السابق .

(٧) فى ب : « للمشتري » . (٨) فى ب : « والشراء » .

وهذا قول أبي حنيفة . وعلى قولهما : له أن يضمن البائع أو^(١) المشتري ، قيمته ، يوم البيع والتسليم ، مع الزوائد^(٢) .

وكذلك الخلاف في إتلاف الزوائد المتصلة في غير الآدمي - هذا^(٣) هو الصحيح .

وأما في القتل : فله الخيار بين أن يضمنه بالعصب يوم العصب ، وبين أن يضمنه بالقتل - والمسألة معروفة .

ولهذا قلنا : إن المنافع لا تضمن بالعصب والإتلاف ، خلافا للشافعي . وصورة العصب أن يحبس عبد إنسان ، بغير إذن مالكه ، شهرا ، ولم ينفع به . وكذا الدواب .

وصورة الإتلاف أن يغصب عبدا أو دابة وانفع بها^(٤) - والمسألة معروفة . ولهذا^(٥) - لو أجزر المغصوب من إنسان شهرا و^(٦) أخذ الأجرة فإن الأجرة ملك الغاصب دون المالك ، لأن المنافع تحدث في يد الغاصب .

وأما حكم العصب

فمن حكمه - وجوب رد العين المغصوبة^(٧) - مادام < ت > قائمة من غير نقصان - لقوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى ترد » .

(١) الهزمة من أو ب و ح .

(٢) راجع الكاساني ، ٧ : ١٦٠ - ١٦٣ .

(٣) « هذا » من أو ب و ح .

(٤) في أو ب و ح : « بهما » .

(٥) « ولهذا » من أو ب و ح . وفي ١ : « ولهذا قلنا » .

(٦) في الأصل أو ب و ح : « أو » .

(٧) في ح : « عين المغصوب » .

ومن حكمه أيضاً - وجوب ضمان^(١) النقصان إذا انتقص^(٢) .

ثم لا يخلو: إما أن يكون النقصان بسبب تراجع السعر^(٣)، أو بفوات جزء من العين^(٤)، أو بفوات وصف^(٥) أو معنى مرغوب في العبد زداد قيمته به .

أما النقصان بسبب السعر - < ف > غير مضمون في الفص، لأنه فتور يحدثه الله تعالى في قلوب العباد، لا معنى^(٦) يرجع إلى العين. ولهذا لا يعتبر^(٧) في الرهن، والمبيع إذا كان في يد البائع: حتى لا يسقط الدين بقدره^(٨)، ولا يثبت الخيار للمشتري، لما قلنا:

وأما النقصان الذي يرجع إلى العين أو الوصف - فلا يخلو: إما إن كان في أموال الربا كالمكيل والموزون الذي لا^(٩) يجوز بيع البعض بجنسه متفاضلا، أو في غير ذلك .

(١) « ضمان » من ا و ب و ح .

(٢) في ا و ح : « نقص » .

(٣) « السعر » ليست في ب .

(٤) في ب : « من البدن » .

(٥) « من العين أو بفوات وصف » ليست في ا و ح .

(٦) في ا و ب و ح : « لا بمعنى » .

(٧) « يعتبر » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « لا يضمن » . وفي ا و ح : « لا يعتبر

في الدم والمبيع » .

(٨) « يسقط الدين بقدره » ليست في ح . ومكانها فراغ .

(٩) « لا » من ا و ب و ح .

فإن كان في أموال الربا ^(١) - بأن غصب حنطة ^(٢) ونحوها فغصب ^(٣) فيها ماء، أو غصب دراهم أو دنانير فإن كسرت في يده وصارت قُرْاضَةً ^(٤) : فصاحبه ^(٥) بالخيار : إن شاء أخذه ولا شيء له غير ذلك ، وإن شاء ^(٦) تركه وضمنه ^(٧) مثله وزنا ولا يضمن نقصان الضرب ^(٨) .

- وإن كان إناء فضة فهو بالخيار أيضاً : إن شاء أخذه ولا شيء له غير ذلك ، وإن شاء ضمنه ^(٩) قيمته من الذهب .

- وإن كان الإئناء من الذهب ^(١٠) : إن ^(١١) شاء أخذه ^{بمستند} مَشْهُوماً ^(١٢) ، وإن شاء ضمنه قيمته من الفضة ، لأن الصياغة متقومة ، لحصولها ^(١٣) بصنع العباد ^(١٤) ، ولا يمكن تضمينه بجنسه ^(١٥) ، لأنه يؤدي إلى الربا ،

(١) « أو في غير ذلك . فإن كان في أموال الربا » ليست في ا و ح . وفي ب : « بجنسه متفاضلاً أو في غير ذلك فإن غير ذلك في أموال الربا مالا يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً بأن غصب » .

(٢) « حنطة » ليست في ب . راجع الهامش السابق .

(٣) في ب : « فغصب » .

(٤) قُرْضُهُ يَقْرَضُهُ قَطْعُهُ . والقُرْاضَةُ بِالْفَهْمِ مَاسِقُطٌ بِالْقَرْضِ (القاموس) .

(٥) في ا و ح : « وصاحبه » .

(٦) « شاء » ماقطة من ب .

(٧) الماء من ا و ب و ح .

(٨) في ا و ح : « نقصان الصرف » . وانظر الهامش التالي .

(٩) « نقصان الصرف ... وإن شاء ضمنه » ليست في ب .

(١٠) في ا و ب و ح : « وفي إئناء الذهب » .

(١١) في ح : « وإن » . راجع الهامش السابق .

(١٢) في ا و ب و ح : « مَشْهُوماً » .

(١٣) في ا : « بمحصلها » .

(١٤) « العباد » ليست في ا و ح .

(١٥) في ب : « من جنسه » .

فيضمن^(١) بخلاف جنسه ، حتى لا يفوت حقه .

- وكذلك آية الصفير والنحاس والشب^٣يه^(٢)، إن كان يباع وزناً، لا أنه يدخلها الربا . فأما إذا كان^(٣) يباع عدداً لم يكن من مال الربا^(٤) .

فأما إذا كان التالف ليس من أموال الربا - فنقصان الجزء^(٥) من العور^(٦) والشلل ، و^(٧) نقصان الوصف كذهاب البصر والسمع ، أو ما يفوت به من^(٨) معنى من العين كنسيان الحرفة^(٩) ونحوه^(١٠)، أو حدث به عيب ينقص قيمته كالأباق والجنون والكبر في العبد^(١١) والجارية: <ف> مضمون عليه^(١٢) .

أما نبات اللحية في الغلام الأ^{مرد}^{٢٢٢}^(١٣) فليس بنقص - فيقوم العبد^(١٤)

(١) في ح و ا : فيضمنه .

(٢) الصفير بالضم النحاس وصانعه الصفار . والشب^٣يه النحاس الأصفر (القاموس) .

(٣) « كان » ساقطة من ا و ح .

(٤) « الربا » ساقطة من ب .

(٥) في ح كذا : « فنقصان الربا الجزء » . وفي ا كذا : « الجزء » .

(٦) في ا و ب و ح : « من الرج » .

(٧) في ح و ا : « أو » .

(٨) « من » ليست في ب . وفي ا و ح : « أو ما يقوم به معنى من » .

(٩) في ا : « كنسيان أطرافه » . وكذا في ح .

(١٠) في ا و ب و ح : « ونحوها » .

(١١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « في الميبد » .

(١٢) « عليه » ليست في ا و ح .

(١٣) مرد الغلام إذا أبطأ نبات وجهه وقيل إذا لم تنبت لحيته (المصباح) .

(١٤) « العبد » ليست في ا و ح .

صحيحاً لا عيب فيه ولا نقص، ويقوم وبه العيب والنقص، فيضمن قدر ذلك لصاحبه، لأنه فات حقه .

وعلى هذا - إذا غصب عصيراً فصار ^{مكسراً} خلاً، أو عباً فصار ^{مكسراً} زبيياً، أو لبناً فصار ^{مكسراً} (١) رأبياً، أو رطباً فصار تمراً - فصاحبه بالخيار: إن شاء أخذه بعينه ولا شيء له، وإن شاء ضمنه مثله وسلم له ذلك كله (٢) لأنه من أموال الربا (٣). وإن كان (٤) تبر ذهب أو فضة، فصاغ منه إناء أو حلياً أو دراهم أو دنائير: فإنه يأخذ ذلك كله في قول (٥) أبي حنيفة ولا يعطيه لعمله شيئاً. وعندهما: لا سبيل له على المصوغ، وعليه مثله - فعند أبي حنيفة: هذا الوصف لا قيمة له في مالية (٦) العين، لأنه لا يزيد في العين، بخلاف الصنعة في غير أموال الربا.

- ولو غصب ثوباً فقطعه ولم يخطه فهو بالخيار (٧): إن شاء أخذه ناقصاً مقطوعاً (٨) وضمنه ما نقص بالقطع، وإن شاء تركه وضمنه قيمة الثوب، يوم غصبه، لأنه فوت عليه منفعة معتبرة، وهو ليس من أموال الربا.

(١) «أو لبناً فصار» ليست في ب .

(٢) «وسلم له ذلك كله» من أوب و ح .

(٣) «الربا» ليست في ح .

(٤) كذا في أوب و ح . وفي الأصل: «كانت» .

(٥) في أوب و ح : «عند» .

(٦) في أوب و ح : «في مال» .

(٧) «فهو بالخيار» من أوب و ح .

(٨) «مقطوعاً» ليست في ب .

- وكذلك إذا غصب شاة، فذبحها، ولم يشوها: فله الخيار بين أن يأخذ الشاة وأخذ قيمة ما نقصها، وإن شاء تركها وأخذ قيمتها منه. وروى عن أبي حنيفة أن المالك بالخيار: إن شاء أخذها ولا شيء له غيرها، وإن شاء تركها وضمنه قيمتها يوم غصبها، لأن الذبح^(١) زيادة.

فأما إذا زار المصوب ممنا، بنفقة الغاصب، أو كان مريضاً فداواه حتى صبح^(٢)، أو كان زرعاً أو أشجاراً فسقاها حتى نما وانتهى، فإنه يأخذه^(٣)، ولا شيء عليه بسبب الزيادة، لأن ذلك لم يحصل بفعله.

أما إذا كان زيادة حصلت بفعله ظاهراً - فهي أنواع: نوع منه ما يكون^(٤) استهلاكاً للعين معنى، ونوع هو استهلاك من وجه^(٥).

والجواب في الفصلين واحد: في أنه ينقطع حق المالك عن العين، ويصير ملكاً للغاصب، ويضمن الغاصب مثله أو قيمته. ولكن يختلفان في أحكام آخر حتى إن الزيادة في الثمن والمثمن لا تجوز في الفصل الأول، لصيرورة المبيع هالِكاً، وتجاوز في الفصل الثاني - وهذا عندنا.

وعند الشافعي: تكون الزيادة ملكاً للمالك، ولا ينقطع حقه عن

(١) في ا و ب: «الربح».

(٢) كذا في ا و ب و ح. وفي الاصل: «يصبح».

(٣) كذا في ا و ح. وفي الاصل و ب: «يأخذها».

(٤) «ما يكون» من ب و ح. وفي ا: «نوع منها يكون». وفي ح: «فهو

أنواع: نوع منها ما يكون».

(٥) وسيأتي في الصفحة المقبلة (١٣٤) مثال كل. وهناك نوع ثالث سيأتي (ص ١٣٥).

المعين بالضم (١) .

أما نظير (٢) الاستهلاك - < ف > بأن كان حنطة فطحنها الغاصب (٣) ،
أو ^{zomrnek}بيضاً فخصبه (٤) ، أو دقيقاً فخبزه ، أو قطناً أو صوفاً فغزلها (٥) ، أو غزلاً
فنسجه ، أو سمماً فمصره ، أو ^{ekmek}حنطة فزرعها .

ونظير الفصل الثاني - أن قطع (٦) الثوب قميصاً أو قباء فخاطه ، أو كان
لحماً فشواه ، أو غصب ^{agaz}ساجة (٧) فأدخلها في بنائه ، أو لبناً أو آجراً فجعلها
في أساس حائطه (٨) ، أو غصب ^{dal}فسيلاً (٩) فكبر ، ونحو ذلك .

ثم هذه الزوائد التي صارت ملصكا للغاصب (١٠) : لا يباح له الانتفاع
به (١١) ، وعليه أن يتصدق ، لأنه حصل بسبب خيث .

(١) « بالضم » ليست في ب .

(٢) : « نظير » من ا و ب و ح . وانظر مايلي في المتن .

(٣) : « الغاصب » ليست في ا و ح .

(٤) كذا في ا و ح . وفي الاصل تشبه أن تكون : « فخصها » . وفي ب تشبه أن

تكون : « أو بيضة فخصبها » .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « فزلهما »

(٦) كذا في ب . وفي الاصل و ا و ح : « يقطع » .

(٧) الساجة مفرد ساج وهو ضرب عظيم من الشجر لا ينبت إلا بالهند ويحلب منها ، وقال

الزحشرى : الساج خشب أسود رزني يحلب من الهند ولا تكاد الأرض تبليه . وقال بعضهم :

الساج يشبه الالبوس وهو أقل سواداً منه (المصباح) .

(٨) في ا و ب و ح : « حائط » .

(٩) الفسيل صنار النخل (المصباح) . وفي ب : « فسيلاً » - والفصيل ولد الناقة لا

يفصل عن أمه (المصباح) .

(١٠) كذا في ا . وفي الاصل و ب و ح : « له » .

(١١) في ب : « بها » .

ولو باع أو وهب : يجوز ، لكونها ملكا له ^(١) .

وروى عن أبي يوسف وزفر ^(٢) أنه يباح له الانتفاع بها ^(٣) إلا أن
عند أبي يوسف بعد ^(٤) إرضاء صاحبه ^(٥) بأداء الضمان ، وعند زفر
كيفما كان .

وما قالوا قياس ، وجواب ظاهر الرواية استحسان ^(٦) .

• • •

ونوع آخر ^(٧) : ماهو زيادة في العين وليس ^(٨) بإتلاف من وجه ^(٩) ،
وهو الصبغ : إذا صبغه أصفر أو أحمر أو أخضر ونحوها ^(١٠) . فأما إذا صبغه
أسود : فهو نقصان عند أبي حنيفة ، وعندهما : زيادة ^(١١) .

ثم الجواب في الصبغ الذي هو زيادة أن صاحب الثوب بالخيار ^(١٢) : إن
شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمته أبيض ، وإن شاء أخذه ^(١٣) مصبوغا ضمن

(١) « لا يباح له الانتفاع ... لكونها ملكا له » ساقطة من ح . وفي أ : « لكونه ملكا له » .

(٢) « وزفر » من ح وب . وليست في الأصل و أ . وانظر الهامش بعد التالي .

(٣) « بها » من ب .

(٤) العبارة في أ : « وروى عن أبي يوسف أنه قال : يباح له الانتفاع بعد ... » .

(٥) في أ و ح : « صاحبها » .

(٦) في ب : « وهو جواب ظاهر الرواية استحسانا » .

(٧) راجع ص ١٣٣ والهامش ه منها .

(٨) « وليس » من ب . وفي ح : « ليس » . وفي أ : « وذلك ليس » .

(٩) « من وجه » ليست في أ و ح .

(١٠) « أو أخضر ونحوها » من أ .

(١١) : « زيادة » ليست في ب ففيها : « عند أبي حنيفة وعندهما » أ ه .

(١٢) في أ و ح : « أن صاحبه بالخيار » .

(١٣) في ح : « أخذه » .

له ما زاد الصبغ فيه ^(١) .

- ولو غصب صبغ إنسان فصبغ ^(٢) به ثوبه : فعليه ^(٣) مثله ، والثوب المصبوغ له .

- ولو وقع ثوب رجل في صبغ إنسان ، فانصبغ ^(٤) : فصاحب الثوب بالخيار ^(٥) : إن شاء أخذه وأعطى ^(٦) ما زاد فيه ^(٧) الصبغ ^(٨) ، وإن شاء يبيع ^(٩) الثوب فيأخذ رب الثوب من الثمن قيمة ثوب ^(١٠) أبيض ، ويأخذ صاحب الصبغ قيمة صبغه في الثوب للحال ، لأن الصبغ ينقص ولا صبغ له فيه .

- فأما إذا قصر ^{Reçoit} الثوب المغصوب : < ف > يأخذه صاحبه ، ولا شيء عليه ^(١١) ، لأنه ليس فيه ^(١٢) زيادة في الثوب .

(١) « فيه » من ا و ب و ح .

(٢) في ا و ب و ح : « ما زاد الصبغ فيه - هذا إذا كان غاصباً للثوب فأما صاحب الثوب إذا غصب الصبغ فصبغ ... » .

(٣) « به ثوبه فعليه » ناقصة من ح ومكانها يياض فيها .

(٤) « فانصبغ » ليست في ح .

(٥) « بالخيار » ليست في ج .

(٦) « وأعطى » من ا و ب و ح .

(٧) « فيه » ليست في ا و ح .

(٨) « الصبغ » ليست في ا و ب و ح .

(٩) في ا و ح : « يباع له » . وفي ب : « باع » .

(١٠) في ب : « ثوبه » .

(١١) في ا و ب و ح : « له » .

(١٢) من هنا بدأ تكرار في ب - انظر فيما بعد الهامش ١ ص ١٣٨

- ولو غصب خمر مسلم، فخلله : لا ينقطع حق المالك ، وله أن يأخذه،
لأنه ليس فيه مال قائم^(١) .

- ولو استهلك الغاصب الخمر : فإنه يضمن^(٢) خلا مثله .

- ولو غصب عصير مسلم فتخمر عنده : يضمن قيمة العصير^(٣) ، لأنه
صار مستهلكا في حق المسلم معنى .

- ولو غصب خمر مسلم ، فاستهلكه : لا ضمان عليه ، لأنه لا قيمة لها^(٤) .

- ولو استهلك خمر ذمي أو غصب ، فهلك عندده : يضمن قيمتها .

ولو ألتفها الذمي : يضمن مثلها^(٥) - وهذا عندنا . وعند الشافعي :

لا يضمن .

- وكذا إذا ألتف الخنزير : فهو على هذا^(٦) الاختلاف^(٧) - والمسألة معروفة .

- ولو غصب جلدا فدبغه : < ف > إن كان جلدا المذكى^(٨) ودبغه بما لا قيمة

له ، مثل الماء والتراب : فلصاحبه^(٩) أن يأخذه ولا شيء عليه^(١٠) ، لأنه ليس

(١) أى للغاصب حتى يمنع تسليمه للمالك . وفى ب : « مقوم » .

(٢) فى ب فى المكرر : « لا يضمن » . راجع الهامش ١٢ من ١٣٦ .

(٣) فى ا و ب و ح : « العصر » .

(٤) فى ا و ح : « له » . وفى ب : « لا قيمة عليه » .

(٥) فى ا و ح : « فهلك عنده يضمن قيمته ولو ألتف الذمي يضمن مثله » . وفى ب :

« أو غصبه فهلك عنده يضمن قيمته ولو ألتفه الذمي يضمن مثله » .

(٦) « هذا » من ا و ب و ح .

(٧) فى ا و ح : « الخلاف » .

(٨) فى ا و ب و ح : « إن كان ذكيا » .

(٩) الماء من ا و ب و ح .

(١٠) فى ا و ح : « له » .

فيه ^(١) عين مال من جهة الغاصب بل هو بمنزلة الغسل .

وإن دبغه بما له قيمة ، مثل العَفْص والقرَظ : فصاحبه ^(٢) بالخيار : إن شاء ضمنه قيمته غير مدبوغ ، وإن شاء أخذه وأعطاه ^(٣) ما زاد الدباغ فيه ، لأن له فيه عين ^(٤) مال قائم ، فصار كالصبغ في الثوب ^(٥) .

وإن كان جلد ميتة ، أخذه من بيت صاحبه ^(٦) . فدبغه بما ليس له قيمة : فلصاحبه أخذه بلا شيء . وإن دبغه بما له قيمة : فلصاحبه ^(٧) أن يأخذه ^(٨) ، ^عويفرم له ما زاد الدباغ ^(٩) فيه ، لأن الجلد صار مالا ، بمال الغاصب ، وهو عين قائم .

ولو هلك عند الغاصب : لا ضمان عليه ، بالأجماع ، لأن الدباغ ليس بإتلاف ^(١٠) .

فأما إذا استهلكه : فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن قيمة الجلد مدبوغا ، وينقص عنه ما زاد الدباغ فيه - والمسألة

(١) انتهى هنا التكرار في ب - راجع الهامش ١٢ من ١٣٦ .

(٢) في ب : « والقرض فصاحبها » .

(٣) في ح : « وأعطى » .

(٤) في أ : « الدباغ لأنه عين » .

(٥) في ح و ا : « فصار كالنصب في الثوب » . راجع فيما تقدم من ١٣٥ - ١٣٦ .

(٦) في أ و ح : « من صاحبه » .

(٧) « بلا شيء ... فلصاحبه » ليست في ب .

(٨) الهاء من أ و ب . وفي ح : « فلصاحبه أن يفرم له » .

(٩) في أ و ح : « الدبغ » .

(١٠) ولا ضمان بالنصب لأن النصب لم يكن في مال (انظر الكاساني ، ج ٧ من ١٦٣) .

تذكر في الخلافات^(١) .

• • •

— وأما إذا أتلّف الناصب المصوب على وجه لا يبقى منتفعا به ، أو^(٢) هلك على وجه لا ينتفع به ، بأن احترق^(٣) ونحوه ، ينظر : إن كان مثليا : يضمن مثله ، وإن لم يكن مثليا^(٤) : يلزمه^(٥) قيمته يوم الغصب ، لأنه صار متلفا من ذلك الوقت . ومتى ضمن واختار المالك الضمان ، فإنه يملك المصوب من وقت^(٦) الغصب بطريق الظهور ، أو بطريق الإسناد ، على^(٧) حسب ما قيل فيه^(٨) . وهذا عندنا .

وعند الشافعي : لا يملك .

— وكذلك إذا أبقى العبد^(٩) ولم يعرف قيامه بتصادقهما ، أو قامت البينة على الموت^(١٠) : فهو على هذا^(١١) الخلاف .

(١) في ب : « والمسألة معروفة تعرف في المختلف » .

(٢) في ب : « و » .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « أحرق » .

(٤) « يضمن مثله ، وإن لم يكن مثليا » ليست في ح و ا .

(٥) في ا و ح : « يلزم » . وفي ب : « ضمن » .

(٦) « متلفا من ذلك الوقت . . . من وقت » ليست في ب .

(٧) في ا : « وعلى » .

(٨) « فيه » من ا و ب و ح .

(٩) « العبد » ليست في ا و ح .

(١٠) في ح : « على الأباق » .

(١١) « هذا » ليست في ب .

ولو ظهر حيا ^(١) : لا يعود ملك المالك فيه ، عندنا - خلافا لشافعي .
ولقب المسألة ^(٢) : المضمونات هل تملك بأداء الضمان ^(٣) أم لا ^(٤) -
وهي مسألة ^(٥) معروفة .

ولو أنه هلك **المفصوب** المثلّي أو ^(٦) انقطع المثلّي ^(٧) عن أيدي الناس ،
واختصما في حال انقطاعه ، فإن القاضى يقول له ^(٨) : إن شئت تبرّص ^(٩)
حتى تأخذ مثل حقلك في أوانه ، وإن شئت تأخذ ^(١٠) القيمة ، فإن اختار
أخذ القيمة كيف يحكم بذلك ؟ قال أبو حنيفة يحكم على الغاصب بقيمته يوم
الخصومة . وقال أبو يوسف : يوم الغصب . وقال محمد : يحكم بقيمته عند
آخر انقطاعه ^(١١) .

والصحيح قول أبي حنيفة ، لأنه حقه عن المين إنما ينقطع يوم الخصومة ،
حيث اختار القيمة ، فيجب اعتبار القيمة في هذا الوقت .

• • •

(١) « حيا » ليست فى ب .

(٢) فى ا : « بناء على أن » بدلا من : « ولقب المسألة » .

(٣) فى ا و ح : « تملك بال ضمان » .

(٤) « أم لا » من ا و ب و ح .

(٥) « مسألة » من ا و ح .

(٦) الهزرة من ب .

(٧) فى ا و ح : « المثل » .

(٨) « له » من ا و ح .

(٩) فى ا و ب و ح : « أن تبرص » .

(١٠) فى ب : « أن تأخذ » .

(١١) راجع فيما تقدم ص ٤٧ : إذا استقرض فلوسا فكسدت .

ولو غصب جارية ، فولدت عند الغاصب ولدا ، وانتقصت بالولادة ،
فردھا على المالك - هل یضمن نقصان الولادة ؟
إن كان فی الولد وفاء به ، أو قیمته أكثر ^(١) : فإنه ینجبر ^{بالتقصان} النقصان به ^(٢) ،
وعليه أن یرد الجارية مع الولد ، ولا یضمن النقصان عند أصحابنا الثلاثة ،
وعند زفر : یضمن .

وإن لم یکن فی الولد وفاء به ^(٣) : فإنه ینجبر بقدره ، ویضمن الباقي .
ولو مات من ^(٤) الولادة ، وبقي ولدها : فإنه یضمن قیمتها يوم الغصب ،
ولا ینجبر النقصان ، بالولد ، فی ظاهر الرواية . وفي رواية أخرى : ینجبر .
ولو هلك الولد قبل الرد : یجب علیه نقصان الولادة ، وجعل كأن
الولد لم یکن .

هذا إذا كان الحبل عند الغاصب من الزنا . فأما إذا كان الحبل من
المولى أو من الزوج ^(٥) : فإنه لا یضمن الغاصب ، وإن ماتت الجارية ^(٦) ،
لأن التلف حصل بسبب من جهة المولى ، فصار ^(٧) كما لو قتلها ^(٨) المولى
فی ید الغاصب . والله أعلم .

(١) فی ب : « أو أكثر » .

(٢) « به » من ا و ب و ح . وفي ب و ح : « فإنه یجبر النقصان به » .

(٣) « به » من ا و ب . و « وفاء به » ساقطة من ح .

(٤) فی ا و ح : « فی » .

(٥) فی ا و ب و ح : « أو من زوج لها » .

(٦) « وإن ماتت الجارية » لیست فی ح .

(٧) « فصار » لیست فی ب .

(٨) فی ب و ح : « قبلها » .

كتاب الديانات

يحتاج^(١) إلى :

بيان القتل الموجب للقصاص ، والقتل الموجب للدية ،
وإلى بيان مقدار الدية ، وكيفيتها : فى النفس وما دون النفس ،
وعلى من تجب .

أما بيان الأول - فنقول :

إن الجناية على الآدمى نوعان : فى النفس ، وما دون النفس . وكل
واحد منهما على نوعين : موجب للقصاص ، وموجب للمال .

أما الجناية فى النفس الموجبة < ن > للقصاص :

< ف > نوع واحد ، وهو القتل العمد ، الحالى عن الشبهة - لقوله
تعالى : « كتب عليكم القصاص فى القتل^(٢) » ، وقوله عليه السلام : « العمد
قَوَد^(٣) » - وهذا^(٤) عندنا .

(١) فى ح : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) البقرة : ١٧٨ : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتل : الحر بالحر ،
والعبد بالعبد ، والانتى بالانتى ، فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان -
ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم » .

(٣) القَوَد القصاص يقال : استقذت الأثير من القاتل فأقادنى منه أى طابت منه أن يقتله
ففعل . وأقاد فلانا بفلان قتله به (المغرب والمصباح) .

(٤) « وهذا » ساقطة من ح .

وقال الشافعى فى قول: يجب به ^(١) أحدهما : إما القتل أو الدية ،
والخيار ^(٢) إلى الولى . وفى قول : الواجب ^(٣) هو القصاص عينا ، لكن
للولى ^(٤) حق العدول إلى المال ، من غير رضا ^(٥) القاتل ^(٦) .

ولا خلاف أنه إذا لم يقدر على استيفاء القصاص من كل وجه ، فإن له
حق العدول إلى ^(٧) المال - فإن من قطع يد إنسان ويد القاطع شلاء أو
منقوصة بإصبع ^(٨) ، أو شجج رأس إنسان ورأس الشاج أصغر أو أكبر ،
فإنه لا يجب القصاص عينا ^(٩) ، بل الولى ^(١٠) بالخيار فى ذلك -
والمسألة معروفة .
شجج شجج

وكذلك إذا تعذر استيفاء القصاص لمعنى : فإنه يجب المال ^(١١) - حتى
إن القصاص إذا كان مشتركاً بين رجلين فعفاً أحدهما : فإنه ينقلب نصيب
الآخر مالا .

(١) « به » من ب .

(٢) « والخيار » ساقطة من ا و ح .

(٣) « الواجب » ليست فى ح .

(٤) فى ب : « للولى » . وفى ح : « المولى » .

(٥) « رضا » ساقطة من ا و ح .

(٦) فى ا : « القتل » . وفى ب : « الولى » .

(٧) « القاتل ولا خلاف ... العدول إلى » ليست فى ح .

(٨) فى ا : « ناقصة إصبع » .

(٩) فى ب : « هنا » .

(١٠) فى ب : « المولى » .

(١١) « المال » ليست فى ح . وفى ا : « نجب الدية » .

وكذلك الحاطي، مع ^(١) العامد، أو ^(٢) الصغير و ^(٣) الكبير، أو ^(٤) المجنون والمائل - إذا اشتركا في القتل، وتمذر استيفاء القصاص في حق أحد الشريكين : فإنه يجب المال عليهما، نصفين .

وأما الأُب والأُجنبي إذا اشتركا في قتل الابن : < ف > لا يجب القصاص على الأُب بالأجماع ، ولا يجب على الشريك عندنا - ولكن يجب المال، وعند الشافعي : يجب القصاص على الأجنبي ^(٥) - والمسألة معروفة .

ولو وجد القتل العمد من الجماعة في حق الواحد : فإنهم يقتلون به ، بالأجماع ^(٦) - قال عمر رضي الله عنه : « لو اجتمع أهل صنعاء على قتله ^(٧) لقتلهم به » ^(٨) .

وأما الواحد إذا قتل جماعة : فإنه يقتل ، ولا يجب شيء من الدية . وعند الشافعي : يجمع بين القتل والدية ، فيكون القتل بمقابلة الواحد ، وتجب الدية في حق ^(٩) كل واحد من الباقيين - والمسألة معروفة .

(١) و (٢) في ا و ب و ح : « و » .

(٣) في ح : « أو » .

(٤) في ا و ب و ح : « و » .

(٥) « القصاص على الأجنبي » من ا و ح .

(٦) « بالإجماع » ليست في ا .

(٧) في ا و ح : « قتل الواحد » . وفي ب : « قتل » فقط .

(٨) ترك القياس وهو لا يقتضي أن يقتل الجماعة بالواحد بما روى أن سبعة قتلوا واحدا بصنعاء فقتلهم عمر به وقال : « لو تمألا » (أى تعاون) عليه أهل صنعاء لقتلهم » راجع الهداية وشروحها ، ٩ : ١٧٧ .

(٩) « في حق » من ب . وفي ح و ا : « وتجب الدية لكل من الباقيين » .

ولو قطع جماعة يد واحد : لا تقطع أيديهم بها، ولكن يجب عليهم دية اليد .
وأما الواحد إذا قطع يد جماعة : فإنه تقطع يده ، ويجب عليه ^(١) الدية
فى الباقي ^(٢) .

وعند الشافعى : الأيدي تقطع بيد واحدة ^(٣) . والمسألة معروفة ^(٤) .
ولهذا قلنا : إن الحر يقتل بالعبد ، خلافاً للشافعى . والعبد يقتل ^(٥) بالحر ^(٦) ،
بالإجماع . ويجرى القصاص بين الصغير والكبير ^(٧) والذكر . والأنثى ،
والمسلم والذمى ، فى النفس ، لما تلونا من النص - خلافاً للشافعى .
وأجمعوا أن المسلم لا يقتل بالمستأمن ^(٨) . وكذلك الذمى ^(٩) .
وأما المستأمن هل يقتل بالمستأمن ^(١٠) ؟ فيه روايتان .

ولو قتل إنسان رجلاً عمداً ، فحق استيفاء الفؤد إلى الولي ^(١١) الكبير

(١) « عليه » من أ و ب و ح .

(٢) فى أ و ح : « فى الباقي » .

(٣) « بيد واحدة » ليست فى أ و ح .

(٤) « والمسألة معروفة » من ب .

(٥) « يقتل » من أ و ب و ح .

(٦) « بالحر » ليست فى ح .

(٧) من هنا أى من أول « والذكر » حتى ننبه إلى النهاية ورد فى ح فى غير موضعه .

انظر فيما بعد الهامش ٦ ص ١٥٢ . وراجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٨٥ .

(٨) فى أ و ح : « المستأمن » . انظر فيما بعد ص ١٤٧ .

(٩) « وكذلك الذمى » من أ و ب و ح .

(١٠) « هل يقتل بالمستأمن » ليست فى أ و ح . وانظر فيما بعد ص ١٤٧ .

(١١) فى ب : « الولد » .

إن كان واحدا ، ولو كانوا أكثر: فللسكل^(١) .

فأما إذا كان السكل صفارا : < فقد > اختلف المشايخ فيه^(٢) : بعضهم قالوا : الاستيفاء إلى السلطان ، و^(٣) بعضهم قالوا : ينتظر إلى^(٤) بلوغهم أو بلوغ أحدهم .

أما إذا كان البعض كبارا والبعض صفارا : < فقد > قال أبو حنيفة : للكبير ولاية الاستيفاء - وعلى قولهم : يؤخر إلى وقت بلوغ الصغار - والمسألة معروفة^(٥) .

وأما اللقيط إذا قتل عمدا : فولاية استيفاء القصاص إلى السلطان^(٦) عند أبي حنيفة ومحمد^(٧) . وعند أبي يوسف : لا يستوفى ، ولكن تجب الدية - وهي مسألة كتاب^(٨) اللقيط^(٩) .

وأما القتل الموجب للحد :

فأنواع : عمد محض فيه^(١٠) شبهة ، وشبه العمد ، وقتل الخطأ ، والقتل

بطريق التسليب .

(١) « ولو كانوا أكثر فلا سكل » من ب . وفي الأصل و ا و ح : « أو كانوا أكثر » اهـ .

(٢) « فيه » من ب .

(٣) « فيه : بعضهم . . . السلطان و » ليست في ا و ح .

(٤) « إلى » من ا و ب و ح .

(٥) « والمسألة معروفة » من ح و ب .

(٦) في ح و ا : « إلى الإمام » .

(٧) « ومحمد » ليست في ح و ا .

(٨) « كتاب » من ا و ب و ح .

(٩) سيأتي في أواخر هذا الجزء « كتاب اللقيط واللقطة وجمل الآبق » .

(١٠) في ح و ا : « ليس فيه » . وقد تقدم الكلام على حكم القتل الممد الذي ليس فيه شبهة

وهو القصاص (راجع فيما تقدم ص ١٤٢ وما بعدها) .

أما الأول :

فما ذكرنا من قتل المستأمن ونحوه ^(١) .

وعلى هذا ^(٢) قال أبو حنيفة : من له القصاص فى الطرف إذا استوفى الطرف، وسرى إلى النفس ، ومات - لا يجب القصاص، لأجل الشبهة ، وتجب الدية . وعلى قولهم : لا يجب شىء .

وأجمعوا أن الإمام إذا قطع يد السارق ، أو ^{near}البزاع ^(٣) ، أو ^٧الختان ، والقصاص ^{٧٧٧٧٧٧٧٧} ، والمأمور بقطع اليد : إذا سرى فعلمهم ^(٤) ، لا يجب عليهم شىء - وهى تعرف فى الخلافات ^(٥) .

ولهذا قال أبو حنيفة : من له القصاص فى النفس إذا استوفى فى ^(٦) الطرف، ثم عفا ^(٧) عن النفس، وبرأ ^(٨) ، لا يقطع طرفه ^(٩) ، ولكن يجب أرش اليد عند أبى حنيفة ^(١٠) ، وعندهم : لا يجب شىء .

ولو سرى إلى النفس : لا يجب شىء .

وعلى هذا قال أبو حنيفة : من شج رأس إنسان ، فعمى عنها ^(١١) ، ثم

(١) راجع فيما تقدم ص ١٤٥ .

(٢) فى ب : « ولهذا » .

(٣) البزاع الحجام وهو من يشرط ويسيل الدم (المصباح) .

(٤) فى ا و ب و ح : « من فعلمهم » .

(٥) فى ب : « فى الختاف » .

(٦) « فى » من ا و ح .

(٧) فى ا و ح : « عفى » .

(٨) وبرأ « من ا و ب و ح . وفى الأصل : « وسرى » .

(٩) أى طرف المقتص .

(١٠) « عند أبى حنيفة » من ا و ب و ح .

(١١) فى ب : « عنه » .

سرى إلى النفس^(١) : تجب الدية دون القود . وقالوا : لا يجب شيء .
ومن قال لغيره : « اقتلنى »^(٢) . فقتله عمداً أو خطأ ، تجب الدية دون
القود ، فى ظاهر الرواية . وروى عن أبى حنيفة أنه لا يجب شيء .
ولو قال : « اقتل عبدى » فقتله ، لا يجب شيء ، لأنه أمره فيما هو^(٣) حقه .
ولو قال له^(٤) : « اقتل ولدى » ولا وارث له سوى الأب ، فقتله :
يقتل القاتل ، لأنه لا حق له فى دم ولده ، بخلاف نفسه . وروى الحسن
عن أبى حنيفة أنه قال^(٥) : تجب الدية ، استحساناً .
ولو عفا المجرّوح عن الجراحة^(٦) ، ثم مات منه - صح عفوه ، استحساناً .
وكذلك الوارث : إذا عفا قبل موت المجرّوح ، يصح العفو ،
استحساناً ، لأن له حقاً .
ولو قال الرجل^(٧) : « اقتل أخى » ، وهو وارثه ، فقتل ، لا يجب
القود ، استحساناً ، وتجب الدية . وعند زفر : يقتل - ولهذا نظائر .
وأما الثانى^(٨) :

< فهو > القتل^(٩) بالآلة لم توضع له ، ولم يحصل به الموت

(١) « إلى النفس » ليست فى أ و ح .

(٢) « اقتلنى » ساقطة من ح .

(٣) « هو » ليست فى ب .

(٤) « له » من ب .

(٥) « قال » من ب .

(٦) فى ب : « الجراح » .

(٧) فى أ و ب و ح : « لرجل » .

(٨) أي القتل شبه العمد (راجع ص ١٤٦) .

(٩) فى أ : « إذا قتل » .

غالباً^(١)، مثل السُّوط^(٢) الصغير^(٣)، والعصا الصغير <ة> : فإنه يوجب المال ، دون القصاص - بالاجماع .

فأما القتل بالعصا الكبير <ة>، وبكل آلة يحصل بها الموت^(٤) غالباً ، لكنها لا تجرح : فعند أبي حنيفة : هو^(٥) شبه العمدة ، لا يوجب القود . وعندهما : يوجب^(٦) القود - وهو قول الشافعي .

وعلى هذا : إذا ضرب بالسوط الصغير ، ووالى في الضربات^(٧) ، حتى مات : لا يجب القود عند أبي حنيفة ، وعندهم^(٨) : يجب - والمسألة معروفة . وأما القتل الخطأ :

فهو أن يرمى سهماً إلى صيد فأصاب آدمياً ، أو أراد أن يقطع قاتل أبيه^(٩) فتقدمه رجل ، فوقع فيه ، ونحو ذلك .

وهو موجب للمال ، دون القصاص ، بالاجماع - لقوله تعالى : « ومن

(١) امل الاصح : « ولا يحصل بها الموت غالباً » - انظر ما سبل في المتن . ونقل الشافعي على الزيلعي (٦ : ١٠٠) عن القدوري أن « شبه العمدة عند أبي حنيفة أن يعتمد الضرب بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء . وقال أبو يوسف ومحمد : أن يعتمد الضرب بآلة لا يقتل بمنائها في الغاب - وهو قول الشافعي » - راجع الكاساني ، ٧ : ٢٣٣ . والهداية وشروحها ، ٩ : ١٤٤ . والزيلعي ، ٦ : ١٠٠ .

(٢) كذا في اوب و ح . وفي الاصل : « سوط » .

(٣) « الصغير » ليست في ا . ففيها : « مثل السوط والعصا » .

(٤) في اوب و ح : « القتل » .

(٥) « هو » ليست في اوب ح .

(٦) في ا : « لا يوجب » - أي أنه عمد يوجب القود .

(٧) في ا : « في الضرب » .

(٨) في ح و ا : « وعندهما » .

(٩) في ح : « ابنه » .

قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله،^(١) .

وأما القتل بطريق التسبب^(٢) :

فنجو^(٣) من حفر بئرا على قارعة الطريق ، فوقع فيه إنسان ، ومات^(٤) - فإنه يجب عليه الدية ، دون القصاص ، بالإجماع ، لأنه مسبب^(٥) للقتل ، وليس بمباشر ، لأن الحفر ليس بقتل .

وعلى هذا - شهود القصاص إذا رجعوا : لا يجب عليهم^(٦) القصاص ، ولكن تجب عليهم^(٧) الدية ، عندنا^(٨) ، خلافا للشافعي ، لأنه لم يوجد منهم القتل مباشرة ، وإنما وجد منهم سبب القتل^(٩) .

(١) سورة النساء : ٩٢ ونصها : « وما كان المؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليما حكيما » . وتليها الآية ٩٣ ونصها : « ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما » .

(٢) في ب : « التسبب » .

(٣) الفاء من ب .

(٤) في ا و ب و ح : « مات » .

(٥) في ب : « السبب » .

(٦) « عليهم » ليست في ب .

(٧) « عليهم » من ح و ا .

(٨) « عندنا » ليست في ح و ا .

(٩) في ح و ا : « وإنما وجد منهم بسبب الشهادة » .

وأما بيان حكم^(١) مادون النفس - فنقول :

كل ما يمكن^(٢) فيه القصاص^(٣)، وهو الفعل^(٤) العمد^(٥) الخالي عن الشبهة ، فإنه يوجب القصاص . وكل ما لا يمكن فيه القصاص ، وهو الفعل الخطأ ، وما فيه شبهة : ففي بعض^(٦) الأعضاء تجب دية كاملة ، وفي بعض الأعضاء يجب أرش مقدر^(٧) ، وفي البعض تجب حكومة العدل^(٨) - فنقول^(٩) :
لا خلاف بين أصحابنا أنه لا يجري القصاص فيما دون النفس بين العبيد ، ولا بين الأحرار والعبيد ، ولا بين الذكور والإناث - لأن القصاص فيها مبني^(١٠) على التساوي في المنافع والأروش ، ولا مساواة بين هؤلاء في منافع الأطراف والأروش ، ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا بمنقوصة^(١١) الأصابع . وكذا لا تقطع اليمنى إلا باليمنى^(١٢) ، ولا اليسرى إلا باليسرى .

(١) « حكم » ايست في ح و ا .

(٢) في ا و ب : « فيما يمكن » . وفي ح : « مما يمكن » .

(٣) في ا و ح : « لم يجز القصاص » . وراجع فيما تقدم ص ١٤٢ و ١٤٩ .

(٤) في ا و ح : « القصاص والقتل » . وفي ب : « القصاص والفعل » .

(٥) في ا و ب و ح : « بطريق العمد » .

(٦) في ا و ب و ح : « أو الفعل خطأ أو فيه شبهة في بعض » .

(٧) في ح : « مقرر » .

(٨) في ب : « عدل » وانظر في كيفيةها ص ١٧٠ .

(٩) كذا في ب . وفي الاصل و ا و ح : « أما الأول - فنقول » . وقد أثبتنا في المتن

ما في ب لأنه لم يقل فيما بعد : أما الثاني . . . الخ .

(١٠) « فيها مبني » من ا و ب و ح . وفي الاصل . « القصاص مبناها » .

(١١) في ب : « منقوصة » . وفي ا و ح : « المنقوصة » .

(١٢) في ا و ب و ح : « اليمين إلا باليمين » .

وكذلك في أصابع اليدين والرجلين : يؤخذ إبهام^(١) اليمنى بإبهام
اليمنى^(٢) ، والسبابة بالسبابة ، والوسطى بالوسطى ، ولا يقطع
الأصابع^(٣) إلا بمثلها من القاطع .

وكذا لا تؤخذ العين اليمنى باليسرى^(٤) ، ولا العين اليسرى باليمنى^(٥) .

وكذلك في الأسنان^(٦) : الثنية بالثنية ، والناab بالناab ، والضرس
بالضرس ، ولا يؤخذ الأعلى بالأسفلى ، ولا^(٧) الأسفل بالأعلى ، لما
ذكرنا من التفاوت في المنافع : وإنما يجرى القصاص فيما يمكن فيه^(٨)
التساوى ، لا فيما لا يمكن .

ولهذا - لو^(٩) قطع الكف من المفصل أو من المرفق أو من الكتف :
يجب القصاص . ولو قطع من الساعد أو من العصبة^(١٠) : لا يجب ، لأنه

بما لا يضر

-
- (١) في ح : « إبهام » .
(٢) في ب : « إبهام اليمين بإبهام اليمين » .
(٣) « الأصابع » ليست في أ و ح .
(٤) في ب : « بالعين اليسرى » .
(٥) في ب : « بالعين اليمنى » .
(٦) هنا نهاية السبابة التي وردت في غير موضعها في ح - راجع فيما تقدم الهامش ٧
ص ١٤٥ . والهامش ٣ ص ٨٥ .
(٧) « لا » من أ و ب و ح .
(٨) « فيه » من أ و ب و ح .
(٩) في ب : « ولهذا إن من » .
(١٠) في ح و ب : « العضو » .

لا يعرف التساوى . وكذلك كل ^(١) ما كان في ^(٢) غير المفاصل ^(٣) .
وكذلك في الأُسنان : إذا قُلع أو كسر : يجب القصاص : فيقلع سن
القالع ، ويكسر ، بقدره ، بالمِقْدَر .
وأما العين إن قورت : ^(٤) < ف > لا يمكن القصاص فيها : فإن كانت
العين قائمة وذُهب ضوؤها : فالقصاص ممكن ، بأن يجعل على وجهه القطن
المبلول وتحمي مرآة وتقرب من عينه ^(٥) حتى يذهب ضوؤها .
وروى عن أبي يوسف أنه لا يجب القصاص في ^{الْأَحْوَالِ} ^(٦) ، لأن
الحول نقص في العين ، والمماثلة شرط .

وفي الأُذن إذا قطعت كلها ^(٧) ، أو بعضها معروفا ^(٨) - يقتص .
وأجمع أصحابنا < على > القصاص ^(٩) في الحَشَفَةِ والمَّارِنِ ^(١٠) .
واختلف أبو يوسف ومحمد في الأُتْفِ والذَّكْرِ واللِّسَانِ إذا استوعب

-
- (١) « كل » ليست في ا و ب و ح .
(٢) في ا و ب و ح : « من » .
(٣) في ح : « الفصل » .
(٤) قورت الشيء : قويرا قطع من وسطه خرقا مستديرا كما يقر البطح (المغرب) .
(٥) في ح و ب : « عينه » .
(٦) في ب : « في الأحوال » .
(٧) كذا في ح و ا . وفي الأصل و ب : « قطع كله » .
(٨) كذا في ب . وفي ح : « أو بعضها معروف » . وفي ا : « أو بعضها » فقط . وفي
الأصل : « أو بضاً أو مفزونا » . وفي الكسائي (٧ : ٣٠٨ : ١٤) : « وأما الأُذن فإن
استوعبها ففيها القصاص لقوله تبارك وتعالى : « والأُذن بالأُذن » ولأن استيفاء المثل فيه ممكن ،
فإن قطع بعضها فإن كان له حد يعرف ففيه القصاص وإلا فلا .
(٩) في الأصل و ا و ح : « في القصاص » . وفي ب : « بالقصاص » .
(١٠) المارن مادون قصبة الأُتْفِ وهو مالان منه (المصباح) - وانظر فيما بعد ص ١٥٩ .

كل واحد منهما : < ف > عند أبي يوسف : يجب القصاص ، وعند محمد : لا يجب . وإنما يريد بقطع الأنف كل المارن^(١) ، فأما قصة الأنف < ف > عظم وأجمعوا أنه لا يجب القصاص في العظم^(٢) ، لعدم الإمكان . وفي حلق اللحية ، والرأس ، والحاجب^(٣) ، والشارب إذا لم ينبت : لا يجب القصاص ، وروى في النوادر أنه يجب القصاص .
وأما في الشجاج^(٤) : < ف > لا خلاف أنه يجب القصاص في الموضحة^(٥) ، بأن ينتهي السكين إلى العظم . ولا خلاف أنه^(٦) لا يجب القصاص فيما بعد الموضحة ، من الهاشمة^(٧) وغيرها .

وأما فيما قبل الموضحة : < فقد > ذكر في « الأصل » أنه يجب القصاص ، لأنه يمكن تقدير^(٨) غور الجراحة بمسار ثم يعمل^(٩) حديدة على قدرها^(١٠) ، فتغمد^(١١) في اللحم إلى آخرها ، فيستوفى ، مثل ما فعل .

(١) في ح : « الأنف كالمارن » . وفي ب : « الأنف كله المارن » - راجع الهامش السابق .
(٢) في أ : « عظم ولأنه لا يجب به القصاص في العظم » . وفي ح : « عظم فإنه لا يجب في العظم » .

(٣) في ح و أ : « والحاجبين » .

(٤) في ح و أ : « الشجاج » . وانظر فيما بعد من ١٦٤ وما بعدها .

(٥) الموضحة هي التي توضح العظم . وستأتي في « الشجاج » - انظر فيما يلي من ١٦٥ والكاساني ، ٢٩٦ : ٧ ، وما بعده .

(٦) « يجب القصاص في الموضحة ... ولا خلاف أنه » ليست في ح .

(٧) الهاشمة هي التي تهشم العظم وستأتي في الشجاج - انظر فيما يلي من ١٦٥

(٨) « تقدير » من أ و ب و ح .

(٩) في أ و ح : « بأن يعمل » .

(١٠) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « قدره » .

(١١) في أ و ب و ح : « فتغمد » .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجب به القصاص^(١) .

وأما بيان وجوب الدية ، ومقدارها ، وكيفيتها

فنقول :

الجاية الموجبة للدية إما إن كانت^(٢) فى النفس ، أو فيما دونها .

أما إذا كانت^(٣) فى النفس :

ففيما بين الأحرار تجب دية كاملة ، يستوى فيها^(٤) الصغير والكبير ،
والوضيع^{alejak} والشريف ، والمسلم والذمى .

وقال الشافعى : فى دية اليهود والنصارى^(٥) أربعة آلاف درهم

فضة^(٦) ، وفى المجوس^(٧) ثمانمائة درهم^(٨) .

ثم مقدار الدية فى الأحرار^(٩) ألف دينار ، أو عشرة آلاف

درهم فضة^(١٠) ، أو مائة من الإبل - كل واحد أصل : وهو الظاهر

فى^(١١) قول أبى حنيفة .

(١) « به القصاص » من ح و ا .

(٢) و (٣) كذا فى ح و ا . وفى الأصل و ب : « كان » .

(٤) كذا فى ح و ا . وفى الأصل و ب : « فيه » .

(٥) فى ا و ب و ح : « اليهودى والنصرانى » .

(٦) « درهم فضة » من ا و ح .

(٧) فى ا و ب و ح : « المجوسى » .

(٨) « درهم » من ا .

(٩) فى ا : « فى الرجل الحر » .

(١٠) « فضة » من ا و ب و ح .

(١١) فى ا و ح : « وهذا ظاهر فى » . وفى ب : « وهذا ظاهر قول » .

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك ، وقالوا ^(١) من البقر مائتا بقرة ،
ومن الغنم ألفا شاة ، ومن الحُمْل مائتا حُلَّة : كل حلة ثوبان :
إزار ورداء ^(٢) .

وروى عن أبي حنيفة في كتاب المعامل ما يدل على مثل ^(٣) قولهما ،
فإنه قال : إذا صالح الولي على أكثر من مائتي بقرة أو مائتي حلة : لم
يجز ^(٤) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، ولو لم تكن هذه
الأمشياء أصولا لجاز ^(٥) الصالح على أكثر منها ، كما لو صالح على عروض
آخر تزداد قيمتها على الدية - وهذا عندنا .

وقال الشافعي : من ^(٦) الأبل والدنانير مثل قولنا ^(٧) ، وفي الدراهم
قال : اثني عشر ألفا .

وأصله ماروى عبيدة السلماني ^(٨) عن عمر أنه قضى في الدية من

(١) في ا : « ولكن » .

(٢) كذا في ب و ا . وفي الأصل و ح : « إزارا ورداء » .

(٣) « مثل » ليست في ح و ا .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لم يجز » .

(٥) في ح : « لما جاز » . وفي ا : « جاز » .

(٦) في ا و ب و ح : « في » .

(٧) في ب : « قولهما » .

(٨) هو أبو مسلم ويقال أبو عمرو عبيدة بن قيس وقيل عبيدة بن عمرو وقيل عبيدة بن قيس بن عمرو ويقال له السلماني نسبة إلى بني سلمان بطن من مراد . أسلم قبل وفاة النبي صلى الله عليه وسلم بستين ولم يره . وسم ممر بن الخطاب وعليا وابن مسعود وابن الزبير . وهو مشهور بصحبة علي . وروى عنه الشعبي والنخعي وابن سيرين وغيرهم . نزل الكوفة وورد المدينة وحضر مع علي قتال الخوارج . وكان أحد أصحاب ابن مسعود الذين يقرؤون ويفتون . وكان رابع أربعة بالكوفة أما الثلاثة الآخرون فهم الحارث وعلقمة وشريح . وتوفي سنة ٧٢ وقيل سنة ٧٣ وقيل سنة ٧٤ هـ (النوى ، التهذيب) .

الدراهم^(١) بعشرة آلاف ، ومن الدنانير بألف ، ومن الإبل بمائة ،
ومن البقر بمائتين ، ومن الشياه^(٢) بألفين ، ومن الحلل بمائتين .

وأما كيفية الاسنان في الإبل :

< ف > قال أصحابنا في دية الخطأ : إنها^(٣) خمسة أنواع : عشرون
بنت مخاض ، وعشرون ابن مخاض^(٤) ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون
حققة ، وعشرون جذعة^(٥) - وهو قول ابن مسعود^(٦) .

وقال الشافعي : عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض .

وأما دية شبه العمد - < ف > قال أبو حنيفة وأبو يوسف أربعاً وخمسة
وعشرون بنت مخاض ، وخمسة وعشرون بنت لبون^(٧) ، وخمسة وعشرون
حققة ، وخمسة وعشرون جذعة - وهو قول ابن مسعود .

وقال محمد : في شبه العمد : ثلاثون حققة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون

(١) « من الدراهم » ليست في أ .

(٢) كذا في ب . وفي الأصل واو ح : « الشام » والشيء جمع شاة (المصباح) .

(٣) « إنها » من أ و ب . وفي الأصل : « إنه » . وفي ح : « قال أصحابنا : دية الخطأ خمسة » .

(٤) في ح و ا : « لبون » .

(٥) تقدم في كتاب الزكاة (ح ١ ص ٤٤) أن بنت المخاض هي التي أتت عليها سنة وولدت في
الثانية . وبنت اللبون هي التي أتت عليها سنتان وولدت في الثالثة . والحققة هي التي تمت لها ثلاث سنين
وولدت في الرابعة . والجذعة هي التي أتت عليها أربع سنين وولدت في الخامسة - وراجع فيما
تقدم ص ١١٩ .

(٦) انظر ترجمته في المامش ١١ ص ١٧٠ .

(٧) « وخمسة وعشرون بنت لبون » ليست في ح .

مابين ثنية^(١) إلى بازل^(٢) عامها ، كلها^(٣) خلفه^(٤) - وهو قول عمر وأبي موسى الأشعري^(٥) والمغيرة^(٦) رضى الله عنهم .

وذكر في «الأصل» : و^(٧) عن علي رضى الله عنه أنه قال في شبه العمدة أثلاث : ثلاثة وثلاثون حقة ، وثلاثة وثلاثون جذعة ، وأربعة وثلاثون^(٨) خلفه في بطونها أولادها^(٩) .

وأما حكم الجنابة فيما روى النفس خطأ - < فنقول > ^(١٠) :

قد^(١١) تجب دية كاملة بتفويت^(١٢) العضو ، وقد تجب الدية بتفويت

(١) الثنية من الإبل التي أنثت أى ألفت نثيتها وهى ما استكملت السنة الخامسة ودخلت فى السادسة (المغرب) . وراجع فيما تقدم ص ١١٩ والهامش ٥ ص ١٥٧ .

(٢) البازل من الإبل ما دخل فى السنة التاسعة والذكر والأنثى سواء (المغرب) . وراجع فيما تقدم الهامش ١ ص ١٢٠ .

(٣) « كلها » ليست فى ب .

(٤) الخلفة الحامل من النوق وجمعها مخاض وقد يقال خلفات (المغرب) .

(٥) راجع ترجمته فى الهامش ٢ ص ٢٧٩ من الجزء الأول .

(٦) المغيرة بن شعبه من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . أسلم عام الخندق . روى له عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ١٣٦ حديثاً . وكان موصوفاً بالدهاء والحلم . شهد الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وإياه فى صلحها كلام . وولاه عمر البصرة ثم الكوفة وأقره عليها عثمان ثم عزله . وشهد اليمامة وفتح الشام والقادسية وفتح نهاوند وهمدان . واعتزل الفتنة بعد قتل عثمان وشهد الحكمين ثم استعمله معاوية على الكوفة فلم يزل عليها حتى توفى سنة ٥٠ هـ أو ٥١ هـ . (النووى ، التهذيب) .

(٧) الواو من ا و ب و ح .

(٨) فى ح : « وأربعون » .

(٩) « ها » من ا و ب و ح .

(١٠) تكلم فى هذا على ١ : - فوات عضو أو أكثر . ٢ - الشجاج (ص ١٦٤ - ١٦٧) .

٣ - الجروح (ص ١٦٧) .

(١١) « قد » ليست فى ا و ب . وفى ح : « فقد » .

(١٢) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « لتفويت » .

معنى في ^(١) النفس تفوت به النفس ^(٢) حكما في حق ^(٣) جنس المنفعة ،
وقد يجب أرش مقدر ، وقد تجب حكومة العدل ^(٤) .

فأما العضو الذي يجب كمال الدية بتفويته :

< ف > هو ^(٥) العضو الذي لانظير له في البدن يفوت به جمال كامل
أو ^(٦) منفعة بها قوام النفس ، وذلك نحو ^(٧) اللسان كله ، والأنف كله ،
والذكر كله .

وتجب أيضا بقطع الحشفة ، والمارن ^(٨) ، وبعض اللسان إذا كان يمنعه
من الكلام ، وكذا الإفضاء بين السبيلين بحيث لا يستمسك البول
و ^(٩) الغائط .

وكذا حلق شعر ^(١٠) رأس الرجل والمرأة ، وحلق لحية الرجل بحيث
لا ينبت - وهذا عندنا . وعند الشافعي : تجب حكومة العدل .

وأما حلق لحية العبد: ذكر ^(١١) في «الأصل» : تجب ^(١٢) فيه حكومة

(١) في ا و ب و ح : « من » .

(٢) « النفس » ليست في ا و ح .

(٣) « حق » ليست في ا و ح .

(٤) انظر في كيفية حكومة العدل ص ١٧٠ ونبا يجب فيه حكومة العدل ص ١٦٧ وما بعدها .

(٥) في الأصل : « وهو » .

(٦) في ا و ح : « و » .

(٧) « نحو » ليست في ا .

(٨) راجع فيما تقدم الهامش ١٠ ص ١٥٣ .

(٩) في ا و ب و ح : « أو » .

(١٠) « شعر » ليست في ا و ح .

(١١) « ذكر » ليست في ا و ح .

(١٢) « تجب » من ا و ح .

العدل ، وفى رواية الحسن : تجب قيمة العبد .

و^(١) قال أبو جعفر الهندوانى^(٢) : إنما تجب الدية بحاق اللحية إذا كانت كاملة يتجمل^(٣) بها . فإن كانت طاقات لا يتجمل^(٤) بها : فلا شئ فيها^(٥) . وكذلك فى لحية تشين ولا تزين^(٦) ، بأن كانت على ذقنه شمرات^(٧) . وإن كانت لحية^(٨) يقع بها الجمال فى الجملة ، ولا^(٩) يقع بها الشين : تجب فيها حكومة العدل .

وأما فوات المعنى :

فهو^(١٠) ذهاب العقل ، والبصر ، والسمع ، والشم ، والذوق ، والكلام ، والجماع ، مع قيام الآلة^(١١) التى تقوم بها هذه المنافع صورة - فتجب بسكل^(١٢) واحد منها الدية . وإنما يعرف فوات البصر بأن يلقى بين يديه

(١) الواو من ا و ب و ح .

(٢) راجع ترجمته فى الهامش ٥ ص ١٩ من المقدمة فى الجزء الاول .

(٣) فى ب : « يحمل » . وفى ح : « يحتمل » .

(٤) فى ح : « لا يحتمل » .

(٥) فى ح : « بها » .

(٦) فى الأصل : « ولا تزين » . والعبارة فى ا و ح ب : « وكذلك فى لحية المرأة لأنها

تشين بها ولا تزين » . إلا أن فى ب : « لأنها تشين ولا تزين » .

(٧) « بأن كانت على ذقنه شمرات » ليست فى ا و ب و ح .

(٨) فى ب : « لحيته » .

(٩) فى ب : « فلا » .

(١٠) فى ب : « فهو فى » .

(١١) فى ا و ب و ح : « الآلات » .

(١٢) فى ب : « لسكل » .

حية ، فإن هرب يعلم أن بصره باق . وفى السمع يتغفل ثم ينادى ، فإن أجاب يعلم أنه لم يفت سمعه ^(١) .

. . .

وأما العضو الذى فى البدن منه اثنان - كالعينين ، والأذنين ، والشفيتين ، والحاجبين إذا حلقا ^(٢) على وجه لا يبتنان ^(٣) ، واليدين ، والرجلين ، وثديي ^(٤) المرأة وحلتيهما ^(٥) - ففيهما الدية ^(٦) ، وفى واحد من ذلك نصف الدية .

وفى الأنثيين ^(٧) : إن قطعهما مع الذكر جملة ، من جانب واحد ، فى حالة واحدة ^(٨) ، فإنه يجب عليه ديتان : دية بإزاء الذكر ، ودية بإزاء الأنثيين .

وإن قطع الذكر أولا ، ثم الأنثيين : يجب ديتان أيضا ، لأن بعد قطع الذكر ^(٩) منفعة الأنثيين ^(١٠) قائمة ، وهى إمساك ^(١١) المنى .

(١) « وإنما يعرف ... سمعه » ليست فى ا و ب و ح .

(٢) « إذا حلقا » من ا و ح . وفى ب : « إذا حلقتها » .

(٣) « كذا فى ا و ح . وفى الأصل و ب : « لا يبت » .

(٤) « كذا فى ا . وفى الأصل و ب و ح : « وثدى » .

(٥) « كذا فى ب . وفى ا و ح : « وحلتيها » . وفى الأصل هكذا : « وحليها » .

(٦) « الدية » ليست فى ح . وفى ا : « دية كاملة » .

(٧) فى ح و ب : « الاثنتين » .

(٨) « واحدة » ليست فى ا و ح .

(٩) « الذكر » ليست فى ح .

(١٠) « الاثنتين » ليست فى ح و ا .

(١١) فى ب : « وهو إمساكه » .

وأما إذا قطع الاثنين أولاً ، ثم الذكر : تجب الدية بقطع الاثنين ،
لزوال^(١) منفعة مخصوصة ، وتجب بقطع الذكر حكومة العدل ، لأن
منفعة الإيلاد بطلت بفوات^(٢) الاثنين^(٣) .

وفي أشفار العنين كلها الدية . وفي كل^(٤) واحد منها^(٥) ربع

الدية إذا لم ينبت .
وكذا في قطع الأُجفان مع الأشفار : تجب دية كاملة وتصير
الأُجفان تابعة للأشفار .

فأما إذا قطع الأُجفان التي لأشفار لها : تجب حكومة العدل - وصار
كقطع الأصابع وحدها : يوجب^(٦) دية كاملة ، لأن الكف^(٧) تبع ،
ولو قطع الكف بدون الأصابع تجب حكومة العدل^(٨) . ولو
قطع الكف مع الأصابع^(٩) تجب دية واحدة ، لأن الكف تبع -
كذا هذا^(١٠) .

(١) كذا في اوب و ح . وفي الاصل : « يزوال » .

(٢) في اوب و ح : « بقطع » .

(٣) في اوب و ح : « الذكر » - راجع الهامش السابق .

(٤) « كل » ليست في اوب و ح .

(٥) كذا في اوب و ح . وفي الاصل وب : « منها » .

(٦) في ا : « وذلك يوجب » .

(٧) في ح : « لأن الكف مع الأصابع » .

(٨) « ولو قطع الكف بدون الأصابع تجب حكومة العدل » ليست في ح و ا . وانظر
في كيفية حكومة العدل ص ١٧٠ .

(٩) في ح و ا : « الأصابع مع الكف » .

(١٠) « كذا هذا » من اوب و ح .

وفي أصابع اليدين ، أو الرجلين ، كلها الدية الكاملة .

وفي كل إصبع عشر الدية - لافضل للكبيرة على الصغيرة^(١) .

ثم ما كان من الأصابع فيه ثلاثة مفاصل ففي كل مفصل ثلث دية الإصبع ، وما كان فيه مفاصلان ففي كل واحد منهما نصف دية الإصبع .
وأصابع اليد والرجل في الأرش سواء^(٢) .

. . .

وفي الأسنان - في كل سن إذا سقطت^(٣) خمسمائة^(٤) < درهم > -

استوى^(٥) فيه الأضراس والثنايا وغيرها .

فإذا اسودت السن من الضربة أو احمرت أو اصفرت : ففيه الأرش
تأما عند أبي حنيفة .

وقد روى أبو يوسف^(٦) عنه أنه قال : فيها حكومة العدل^(٧) .

(١) كذا في ح و ا . وفي ب : « لكبيرة على صغيرة » . وفي الأصل : « لكبير على الصغير » - وأنه وإن جاز تذكر الإصبع إلا أن التأنيث هو الغالب أو هو الأجود (المصباح)
(٢) « وأصابع اليد ... سواء » ليست في ا و ب و ح - وبدلاً منها في ا : « وقطع الإصبع في الشل والصحيح سواء في الأرش » وفي ح : « في الشل واليدين سواء في الأرش » .
وفي ب : « وقطع الإصبع في الشل واليدين في الأرش سواء » . وما في المتن هو الصحيح (راجع الكاساني ، ٧ : ٢٩٧ - ٢٩٩ و ٣٠٣ : ١٠ وما بعده وابن الهمام ، ٨ : ٣١٠) .
وفي الكاساني (٧ : ٣١٤ : ٩ من أسفل) : « وسواء قطع الأصابع أو شل من الجراحة أو يبس ففيه عقله تأماً لأن المقصود منه يفوت » .

(٣) « سقطت » ليست في ا . وفي ح : « قلع » .

(٤) في ا و ح : « خمسون ديناراً » وفي ب شبه أن تكون : « خمسمائة »

(٥) في ا و ح : « يستوى » .

(٦) « أبو يوسف » من ا و ب و ح . وفي الأصل مطموسة .

(٧) انظر في كيفية حكومة العدل ص ١٧٠ .

وروى محمد عنه ^(١) أنه قال : إن كان حرا فلا شيء عليه ، وإن كان عبدا فقيه حكمة العدل .

وقالا ^(٢) : فيها حكمة العدل ^(٣) .

ثم هذا الحكم فى الاثنان بعد أن يستأى ^(٤) بها سنة : فإن نبتت بيضاء ^(٥) مستقيمة : فلا شيء عليه . و ^(٦) إن نبتت سوداء أو حمراء أو صفراء ^(٧) أو خضراء : جعلت < ت > كأن لم تكن ، لأنه لم يحصل بها الجمال والمنفعة .

. . .

وأما الشجاج ^(٨) - فقد ذكر المشايخ أن الشجاج إحدى عشرة شجة ^(٩) : أولها الحادشة ^(١٠) - وهى التى تخدش ^(١١) الجلد .

محمد بن عبد الله

(١) « عنه » ليست فى ح .

(٢) فى ا و ح : « وقال أبو يوسف » .

(٣) انظر الكسانى ، ٧ : ٣١٥ و ما بعده . وفيما بعد ص ١٧٠ .

(٤) كذا فى ب و ح . وفى الاصل و ا غير واضحة .

(٥) « بيضاء » ليست فى ب .

(٦) « و » ليست فى ح و ا .

(٧) « أو صفراء » من ا . وهى فى ح .

(٨) راجع الهامش ١٠ ص ١٥٨ . ويلاحظ أن الشجاج تختص بالوجه والرأس أما الجراح

ففى سائر البدن (أى غير الوجه والرأس) - انظر فيما بعد ص ١٦٦ و ١٦٧ .

(٩) راجع الكسانى ، ٧ : ٢٩٦ : ١٣ وما بعده . وراجع فيما تقدم ص ١٥٤ .

(١٠) فى ا و ب و ح : « الحارصة » . وكذا فى الكسانى (٧ : ٢٩٦ : ١٣) . وفى

المداية (٤ : ١٣٤) « الحارصة (بالحاء لا بالخاء) وهى التى تحرص الجلد أى تخدشه ولا تخرج الدم » .

(١١) فى ا و ب و ح : « تشق » .

وبعدها الدامعة - وهى التى يخرج منها ^(١) ما ^(٢) يشبه الدمع .

وبعدها الدامية - وهى التى يخرج منها الدم .

وبعدها الباضعة - وهى التى تبضع اللحم ^(٣) .

وبعدها المتلاحمة - وهى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب

الباضعة ^(٤) - هكذا روى عن أبى يوسف .

و ^(٥) قال محمد : المتلاحمة قبل الباضعة وهى التى يتلاحم فيها الدم ويسود .

وبعدها السـمـحاق - وهى التى تصل إلى جلدة رقيقة فوق العظم :

تلك الجلدة تسمى السمحاق .

ثم الموضحة - وهى التى توضح العظم ^(٦) .

ثم الهاشمة - وهى التى تهشم ^{ezmek} العظم .

ثم المنقولة - وهى التى يخرج منها العظم على وجه النقل ^(٧) .

ثم الآمئة - وهى التى تصل إلى أم ^(٨) الدماغ، وهى جلدة تحت العظم

فوق الدماغ .

(١) « منها » من ا و ب و ح .

(٢) فى ا : « ماء » . وفى الكسانى (٧ : ٢٩٦ : ١٥) : « والدامعة هى التى يظهر منها الدم ولا يسيل ، كالدمع فى العين » .

(٣) أى تقطعه (الكسانى ، الموضع السابق ، س ١٦) .

(٤) كذا فى ب . وفى الاصل و ح : « مما يذهب بالباطنة » . وفى ا : « ما يذهب فى الباطنة » .

(٥) الواو من ا و ب و ح .

(٦) فى ا و ح أضاف : « وتبدى وضح العظم لى سامه » .

(٧) « على وجه النقل » ليست فى ا و ب و ح . وفى الكسانى (٧ : ٢٩٦) : « والمنقلة

هى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله من موضع إلى موضع » .

(٨) « أم » من ا و ب و ح .

وروى محمد عنه^(١) أنه قال : إن كان حرا فلا شيء عليه ، وإن كان عبدا ففيه حكومة العدل .

وقالا^(٢) : فيها حكومة العدل^(٣) .

ثم هذا الحكم فى الاثنان بعد أن يستأى^(٤) بها سنة : فإن نبتت بيضاء^(٥) مستقيمة : فلا شيء عليه . و^(٦) إن نبتت سوداء أو حمراء أو صفراء^(٧) أو خضراء : جعلت < ت > كأن لم تكن ، لأنه لم يحصل بها الجمال والمنفعة .

. . .

وأما الشجاج^(٨) - فقد ذكر المشايخ أن الشجاج إحدى عشرة شجة^(٩) : أولها الحادشة^(١٠) - وهى التى تخدش^(١١) الجلد .

عن محمد بن الحسن

(١) « عنه » ليست فى ح .

(٢) فى ا و ح : « وقال أبو يوسف » .

(٣) انظر الكاسانى ، ٧ : ٣١٥ : ١٧ وما بعده . وفيما بعد ص ١٧٠ .

(٤) كذا فى ب و ح . وفى الاصل و ا غير واضحة .

(٥) « بيضاء » ليست فى ب .

(٦) « و » ليست فى ح و ا .

(٧) « أو صفراء » من ا . وهى فى ح .

(٨) راجع الهامش ١٠ ص ١٥٨ . ويلاحظ أن الشجاج تختص بالوجه والرأس أما الجراح

ففى سائر البدن (أى غير الوجه والرأس) - انظر فيما بعد ص ١٦٦ و ١٦٧ .

(٩) راجع الكاسانى ، ٧ : ٢٩٦ : ١٣ وما بعده . وراجع فيما تقدم ص ١٥٤ .

(١٠) فى ا و ب و ح : « الحارصة » . وكذا فى الكاسانى (٧ : ٢٩٦ : ١٣) . وفى

المداية (٤ : ١٣٤) « الحارصة (بالحاء لا بالخاء) وهى التى تحرص الجلد أى تخدشه ولا تخرجه الدم » .

(١١) فى ا و ب و ح : « تشق » .

وبعدها الدامة - وهى التى يخرج منها ^(١) ما ^(٢) يشبه الدمع .

وبعدها الدامية - وهى التى يخرج منها الدم .

وبعدها الباضعة - وهى التى تبضع اللحم ^(٣) .

وبعدها المتلاحمة - وهى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب

الباضعة ^(٤) - هكذا روى عن أبى يوسف .

و ^(٥) قال محمد : المتلاحمة قبل الباضعة وهى التى يتلاحم فيها الدم ويسود .

وبعدها السمحاق - وهى التى تصل إلى جلدة رقيقة فوق العظم :

تلك الجلدة تسمى السمحاق .

ثم الموضحة - وهى التى توضح العظم ^(٦) .

ثم الهاشمة - وهى التى تهشم ^{ezmek} العظم .

ثم المنقيلة - وهى التى يخرج منها العظم على وجه النقل ^(٧) .

ثم الآمئة - وهى التى تصل إلى أم ^(٨) الدماغ، وهى جلدة تحت العظم

فوق الدماغ .

(١) « منها » من ا و ب و ح .

(٢) فى ا : « ماء » . وفى الكسانى (١٥ : ٢٩٦ : ٧) : « والدامة هى التى يظهر منها الدم ولا يسيل ، كالدمع فى الدين » .

(٣) أى تقطعه (الكسانى ، الموضع السابق ، س ١٦) .

(٤) كذا فى ب . وفى الاصل و ح : « مما يذهب بالباطنة » . وفى ا : « ما يذهب فى الباطنة » .

(٥) الواو من ا و ب و ح .

(٦) فى ا و ح أضاف : « وتبدى وضح العظم لى سامه » .

(٧) « على وجه النقل » ليست فى ا و ب و ح . وفى الكسانى (٧ : ٢٩٦) : « والمنقلة

هى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله من موضع إلى موضع » .

(٨) « أم » من ا و ب و ح .

ثم الدامغة - وهى التى تحرق الجلد وتصل إلى الدماغ .
فهذه إحدى عشرة شجة . ولم يذكر محمد الحادشة^(١)، ولا الدامغة، لأنه
لا يتصل بهما الحكم غالبا ، لأن الحادشة^(٢) لا يبقى لها أثر ، ولا حكم
للشجة التى لا يبقى لها أثر^(٣)، والدامغة لا يعيش معها الإنسان^(٤) فيكون
حكمه حكم القتل .

ثم فى الشجاج التى قبل^(٥) الموضحة تجب حكومة العدل .
وفى الموضحة تجب خمس من الأبل .
وفى الهاشمة عشر من الأبل .
وفى المنسقة خمسة عشر^(٦) من الأبل .
وفى الآمة ثلث الدية .

ثم مواضع الشجاج عندنا هو الرأس^(٧)، والوجه فى مواضع العظم
مثل : الجبهة ، والوجنتين ، والصدغين ، والذقن ، دون الحدين . ولا تكون
الآمة إلا فى الرأس، وفى الوجه فى الموضع الذى يخلص منه إلى الدماغ^(٨).

-
- (١) فى ب و ح : « الحارصة » . وفى ا : « الحارصة » . راجع الهامش ١٠ ص ١٦٤ .
(٢) فى ا و ب : « الحارصة » . وفى ح : « الحارصة » .
(٣) انظر فيما بعد ص ١٦٩ .
(٤) زاد فى ا و ب و ح : « ويصير نفسا » وفى الكسانى (٧ : ٢٩٦) : « والدامغة
لا يعيش الإنسان معها عادة بل تصير نفسا ظاهرا وغالبا فتخرج من أن تكون شجة ... » .
(٥) فى ب : « تلى » .
(٦) كذا فى ا و ح . والهداية (٤ : ١٣٥) . وفى الأصل و ب : « خمس عشر » .
(٧) فى ا و ح : « ثم فى مواضع عندنا وهى الوجه والرأس ... » وفى الكسانى (٧ :
٢٩٦ : ٨ من أسفل) مثل ما فى المتن .
(٨) « وفى الوجه ... إلى الدماغ » من ا و ح . وفى ب : « وفى الوجه فى المواضع التى يخلص
منها » ا < إلى الدماغ » . وهذه العبارة فى الكسانى (٧ : ٢٩٦ : ٧ من أسفل) .

والصغيرة والكبيرة في ذلك سواء ، لقوله عليه السلام : « في الموضحة خمس من الاوبل » من غير فصل .

ثم ^(١) الجراح ^(٢) في سائر البدن - ليس في شيء منها أرش معلوم ، سوى الجائفة ، وهى الجراحة النافذة إلى الجوف ، و > الموضع التى تنفذ الجراحة منها إلى الجوف < ^(٣) هى : الصدر ، والظهر ، والبطن ، والجنان ^(٤) ، دون الرقبة ^(٥) ، والحاق ، واليدين ، والرجلين - وفيها ثلث الدية . فإذا نفذت إلى الجانب الآخر ، فهى ^(٦) جائفتان ، وفى كل واحدة ^(٧) منها ^(٨) ثلث الدية ، فإنه روى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه حكم فى جائفة نفذت ^(٩) إلى الجانب الآخر بثلاثى الدية ، وذلك بحضرة الصحابة ^(١٠) ، من غير خلاف .

• • •

(١) فى ا و ب و ح : ٤ وأما •

(٢) فى ا : « الجروح » .

(٣) من الكسافى ، ٧ : ٢٩٦ : ٢٤ . وفى ا و ح : « وفى » بدلا من : « هى » .

(٤) « والجنان » من ا و ب و ح مع تصحيحها من حيث النحو لاذ فيها : « الجنين » مما

يصح مع ما فى ا و ح لاذ قال « وفى ... الجنين » كما بينا فى الهامش السالف . وهى فى الكسافى

(٧ : ٢٩٦ : ٢٤ - ٢٥) وأضاف إليها : « وما بين الاثنين والدبر » •

(٥) كذا فى ا و ب و ح والكسافى ، ٧ : ٢٩٦ : ٢٥ . وفى الاصل : « دون الوجه ... » .

(٦) فى ب : « فهما » •

(٧) التاء من ب •

(٨) فى ب : « منها » •

(٩) فى ح : « فى الجائفة التى نفذت » •

(١٠) « أنه حكم ... الصحابة » ليست فى ب .

وأما ما يجب حكومة العدل فيه^(١) - فقد ذكرنا بعضه .
ومن ذلك: كسر الضلع ، وكسر قصبة الأنف ، وكسر^(٢) كل عظم
من^(٣) البدن ، سوى السن : فيه حكومة العدل .
وكذا في ثدى الرجل ، وفي حمة^(٤) ثدييه حكومة عدل دون ذلك^(٥) ،
وفي أحدهما نصف ذلك . .
وفي لسان الأخرس^{منه} ، وذكر الخصى ، والعنين^(٦) ، والعين القائمة^(٧)
الذاهب نورها^(٨) ، والسن السوداء^(٩) ، واليد الشلاء ، والذكر المقطوع
الحشفة ، والكف المقطوع الأصابع^(١٠) ، وكسر الظفر وقلعه بحيث
لا ينبت أو نبت مع العيب .
وأما الصبي الطفل : ففي لسانه حكومة عدل^(١١) ، ما لم يتكلم . وفي
يده ورجله^(١٢) وذكره إذا كان يتحرك ، مثل الكبير . وفي المارن^(١٣)

(١) سيأتي بيان حكومة العدل فيما بعد (ص ١٧٠) .

(٢) « كسر » ليست في ب . ففيها : « الأنف وكل » .

(٣) في ا و ب و ح : « في » .

(٤) في ح : « حمة » .

(٥) « دون ذلك » من ا و ب و ح .

(٦) « والعنين » ليست في ب .

(٧) كذا في ا و ب و ح والكاساني ، ٧ : ٢٢٣ : ١٥ . وفي الأصل : « القائمة » .

(٨) في ب : « ضوها » .

(٩) في الكاساني (٧ : ٢٢٣ : ١٥ - ١٦) : « والسن السوداء القائمة » .

(١٠) في ح كذا : « المقطوع الأصل به » .

(١١) « عدل » ليست في ا .

(١٢) في ب : « ورجليه » .

(١٣) في ا و ح : « وفي مارن أنه » . راجع الهامش ١٠ ص ١٥٣ .

والأذن : المقصود هو الجمال ، فحكمه حكم الكبير . وفى العين^(١) ،
إذا وجد ما يستدل به^(٢) على البصر ، كالكبير .

وفى حلق^(٣) رأس لإنسان^(٤) إذا نبت أبيض : على قول أنى حنيفة :
لا يجب شيء إذا كان حراً ، لأن الشيب ليس بعيب ، وإن كان عبداً^(٥)
يجب ما نقصه . وقال أبو يوسف تجب^(٦) حكومة العدل فيها^(٧) .
وفى ثدى المرأة المقطوعة^(٨) الحلمة ، والآنف المقطوع الأثرية ،
والجفن الذى لا أشفار له^(٩) - حكومة العدل .

ثم الشجة إذا التحمت ، ونبت الشعر - لا يجب فيها^(١٠) شيء على الشاج
عند أبى حنيفة . لأن الشين الذى لحقه بسبيه قد^(١١) زال . وقال أبو يوسف :
تجب عليه^(١٢) حكومة عدل^(١٣) فى الأثم . وقال محمد^(١٤) : يلزمه

(١) فى ب : « وفى العينين » . وفى ا و ح : « وفى عينيه » .

(٢) « به » ليست فى ا و ح .

(٣) « حلق » ليست فى ا و ح .

(٤) فى ا و ب : « الشاب » . وفى ح : « الشباب » .

(٥) « عبداً » ليست فى ح . وفى ا : « رقيقاً » .

(٦) « تجب » ليست فى ب .

(٧) « فيها » ليست فى ب . و « العدل فيها » ليست فى ا . والعبارة هنا أظهر منها فى

السكاسانى (٧ : ٣٢٤ : ١٨ - ٢٢) .

(٨) فى ا : « المقطوع » . والتدى يذكر ويؤنث (المصباح) .

(٩) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « لهما » .

(١٠) « فيها » ليست فى ا و ح .

(١١) « قد » من ا . وفى ح : « وقد » .

(١٢) « عليه » ليست فى ا و ح .

(١٣) « عدل » من ا و ح . وفى ب : « العدل » .

(١٤) « محمد » ليست فى ح .

أجرة الطيب (١) .

واختلف المتأخرون (٢) من أصحابنا فى كيفية الحكومة :

فقال الطحاوى (٣) : يقوم المجنى عليه ، لو كان عبداً ، صحيحاً ، ويقوم وبه الشجة - فما نقص بين (٤) القيمتين كان أرشاً (٥) فى شجة الحر (٦) .

وكان أبو الحسن (٧) الكرخى (٨) يقول : يقرب من (٩) الشجة > التى < (١٠) لها أرش مقدر ، بالحزب والظن : يحكم بذلك أهل العلم بالجراحات .
takhmin

وأما حكم النساء - فنقول :

إن دية المرأة على النصف من دية الرجل بإجماع (١١) الصحابة ، مثل عمر وعلى وابن مسعود (١٢) وزيد بن ثابت (١٣) رضى الله عنهم وغيرهم :

(١) راجع فيما تقدم ص ١٦٦ .

(٢) فى ا و ح : « المشايخ المتأخرون » .

(٣) راجع ترجمته فى الهامش ٤ ص ٩ من الجزء الاول .

(٤) فى ب : « من » .

(٥) فى ا و ب و ح : « أرشها » .

(٦) راجع مختصر الطحاوى ، ص ٢٣٨ .

(٧) و (٨) « أبو الحسن » من ا و ب و ح . راجع ترجمته فى الهامش ٣ ص ٩ من

الجزء الاول .

(٩) « يقرب من » من ا و ب و ح .

(١٠) وكذا فى الكاسانى ، ٧ : ٣٢٤ : ٢ من أسفل .

(١١) فى ب : « لإجماع » .

(١٢) و (١٣) عبد الله بن مسعود - من كبار الصحابة وساداتهم وفقهائهم ومقدميهم فى القرآن

والفقه والفتوى وأصحاب الخلق . كان من المتقدمين فى الإسلام إذ كان سادس ستة . هاجر الى الحبشة ثم الى المدينة . وشهد بدرا وأحدا والحنديق وغيرها واليرموك . روى له عن رسول الله =

فإنهم^(١) قالوا : دية المرأة على النصف من دية الرجل ، إلا أن ابن مسعود قال : إلا^(٢) في^(٣) الموضحة والسن : فإنها كالرجل .
وأما فيما دون النفس من المرأة : فإنه يعتبر بديتها : فيتنصف كديتها ، لأن المرأة في ميراثها وشهادتها بمنزلة النصف من الرجل . فكذا في الدية .
وقال ابن مسعود : تماقل^(٤) المرأة الرجل فيما كان أرشه نصف عشر الدية ، يعني ما كان أقل من ذلك فالرجل والمرأة في ذلك سواء ، واستدل بالفرقة^(٥) .

== الله صلى الله عليه وسلم ٨٤٨ حديثاً . وفي صحيح مسلم عنه أنه قال : « والذي لا إله غيره ما من كتاب الله سورة إلا أنا أعلم حيث نزلت وما من آية إلا أنا أعلم فيما نزلت ولو أعلم أحداً هو أعلم بكتاب الله مني تباهه إلا لربك إليه » . نزل بالكوفة في آخر أمره وتوفي بها سنة ٣٣ هـ . وهو ابن بضع وستين سنة (النوى ، التهذيب) .
وزيد بن ثابت - صحابي . وهو كاتب الوحي والمصحف ومراسلات النبي صلى الله عليه وسلم إلى الناس . وكان يكتب لأبي بكر وعمر في خلافتها . وكان أحد الثلاثة الذين جمعوا المصحف . استصره النبي صلى الله عليه وسلم يوم بدر فردده . وقيل شهد أحداً . وشهد الخندق وما بعدها من المشاهد . وكان من الراشخين في العلم وأعلم الصحابة بالفرائض للحديث : « أفرضكم زيد » . وتوفي بالمدينة سنة ٥٤ هـ . (أو نحوها) (النوى ، التهذيب) .

(١) القاء من ا و ح .

(٢) « إلا » ليست في ا و ح .

(٣) « في » من ا و ح .

(٤) أى تساويه في العقل وهو الدية فتأخذ كما بأخذ الرجل (المغرب) .

(٥) « واستدل بالفرقة » من ا و ب و ح . وفي الكسانى (٧ : ٣٢٢ : ٢ وما بعده) :

« وعن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال : تماقل المرأة الرجل فيما كان أرشه نصف عشر الدية كالسن والموضحة أى ما كان أرشه هذا القدر فالرجل والمرأة فيه سواء لا فضل للرجل على المرأة . . . واحتج ابن مسعود رضى الله عنه بحديث الفرقة : أنه عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين بالفرقة ، وهى نصف عشر الدية ، ولم يفصل عليه الصلاة والسلام بين الذكر والأنثى . فيدل على استواء أرش الذكر والأنثى في هذا القدر » . والفرقة هى بدل جنين الحرة ، ومقدارها خمسمائة درهم أى نصف عشر دية الرجل وعشر دية المرأة . وسيأتى الكلام عليها فيما بعد (ص ١٨١ وما بعدها) .

وقال سعيد بن المسيَّب^(١) : تماقل المرأة الرجل إلى ثلث ديتها : يعني ما كان أقل^(٢) من ثلث الدية ، فالرجل والمرأة فيه سواء^(٣) .

وروى أن ربيعة الرأي^(٤) سأل سعيد بن المسيَّب عن رجل قطع إصبع امرأة ، فقال : فيها عشر من الإبل ، قال : فإن قطع ثلاثا قال : فيها^(٥) ثلاثون من الإبل ، قال : فإن قطع أربعة ، قال : فيها عشرون من الإبل^(٦) ، فقال ربيعة : لما^(٧) عظم ألمها و^(٨) زادت مصيبتها ، قل أرشها - فقال له : أعراقي^(٩) أنت ؟ قال : لا^(١٠) ! بل جاهل متعلم ، أو عالم

(١) سعيد بن المسيَّب (بالفتح والكسر) - إمام التابعين وأحد فقهاء المدينة السبعة . متفق على إمامته وجلالته . وكان زوج بنت أبي هريرة . ورأى عمر وسمع منه ومن عثمان وعلي وابن عباس وابن عمر وغيرهم . وروى عنه جماعات من أعلام التابعين . ولد لستين مضتا من خلافة عمر وقيل لأربع . وتوفى سنة ٩٣ أو ٩٤ هـ . (النووى ، التهذيب) .

(٢) « أقل » ليست في أ .

(٣) في الكسانى (٧ : ٣٢٢ : ٤) : « وهو مذهب أهل المدينة وبروون أنه عليه الصلاة والسلام قال : تماقل المرأة الرجل إلى ثلث ديتها - وهذا نص لا يتحمل التأويل » .

(٤) في ح : « وروى عن ابن ربيعة الرازى » . وفى أ : « وروى عن ربيعة الرازى » . و« ربيعة الرأي » هو أبو عثمان ويقال أبو عبد الرحمن بن ربيعة . وقد قيل له « ربيعة الرأي » لأنه كان يعرف بالرأى والقياس . وهو تابعى سمع أنس بن مالك والسائب بن يزيد الصحابيَّين وابن المسيَّب ومكحول وغيرهما . وهو شيخ مالك ، وقد دوى عنه هو والثورى والليث والأوزاعى وغيرهم . وتوفى بالمدينة سنة ١٣٦ هـ . (النووى ، التهذيب) .

(٥) في ب : « فقال : فإن قطع ثلاثة ففيها » . والإصبع يذكر ويؤنث (المصباح) .

(٦) « من الإبل » من ب . و« قال : فإن قطع ثلاثا ... عشرون من الإبل » ساقطة من أ و ح .

(٧) في ح كذا : « أنا » .

(٨) « و » من أ و ب و ح .

(٩) كذا في الكسانى (٧ : ٣٢٢ : ١٢) . وكذا في أ و ب و ح . وفى الأصل :

« أعرابنى » .

(١٠) « لا » ساقطة من ح .

متبين^(١) ، فقال : هكذا السنة يا ابن أخ^(٢) ! - أراد بذلك سنة زيد بن ثابت^(٣) .

وما قال ربيعة فهو حجتنا في المسألة : أن ما قالوا يؤدي إلى أن^(٤) يقل^(٥) الأرض عند كثرة الجناية - وهذا لا يصح ، لأن^(٦) مادون النفس معتبر بدية النفس ، بدلالة ما زاد على ثلث الدية .

وأما في العبر :

إذا قتله حر خطأ : < ف > إن كان قليل القيمة : فإنه يجب قيمته بالاجتماع . فأما إذا كان كبير^(٧) القيمة ، بأن زادت قيمته على دية الحر : قال أبو حنيفة ومحمد : يجب عشرة آلاف إلا عشرة . وقال أبو يوسف والشافعي : تجب^(٨) قيمته^(٩) بالغة ما بلغت ، إلا أن^(١٠) عند

(١) كذا في ب والكاساني ، ٧ : ٣٢٢ : ١٣ . وفي الأصل : « أو عالم متدين » .
وفي ا و ح : « جاهل متعلم منيب » .

(٢) في ا و ح : « يا ابن أخى » .

(٣) راجع ترجمته في المامش ١٢ - ١٣ ص ١٧٠ - ١٧١ .

(٤) « أن » من ا و ب و ح .

(٥) كذا في ب . وفي ا و ح والأصل : « نقل » .

(٦) كذا في ح و ا . وفي الأصل : « ولأن » . وفي ب : « لا يصح وهذا لأن » .

(٧) كذا في ب . وفي الأصل و ح : « كثير » . وفي ا : « أكثر » .

(٨) « تجب » ساقطة من ا و ح .

(٩) « قيمته » ليست في ا و ب و ح .

(١٠) « أن » ليست في ا و ح .

الشافعى تجب بمقابلة^(١) المألية ، وعند^(٢) أبى يوسف تجب بمقابلة الدم^(٣) ،
ولهذا قال^(٤) : مقدار الدية يجب على المأقلة ، ويجب مؤجلا فى ثلاث
سنين ، ويدخل فيه الإبل ، كما قالوا - والمسألة معروفة .

وأما إذا قتله عبد ، خطأ : فإنه يجب الدفع أو^(٥) الفداء^(٦) .

وأما إذا جنى العبد على حر ، أو على عبد غير المولى : < ف > إن كان
عمدا^(٧) يجب^(٨) القصاص . وإن كان خطأ ، فى نفس ، أو فيما دونها ، قل
أرشها أو كثر ، فذلك^(٩) فى رقبة العبد الجانى و^(١٠) ليس فى ذمة المولى
منه شىء ، ويكون المولى بالخيار : إن شاء دفع العبد^(١١) بالجناية ، وإن

(١) فى ب : « مقابلة » .

(٢) فى ب : « وعن » .

(٣) فى ب : « بمقابل الدية » . وفى ا : « بمقابلة الدية » . وفى ح : « بمقابلة الآدمية » .

راجع الكسانى ، ٧ : ٢٥٧ : ١٤ .

(٤) فى ب : « ولهذا فإن مقدار » . وفى ا و ح : « ولهذا قالوا بمقدار . . . » .

(٥) فى ح : « و » .

(٦) فى الأصل و ا و ب و ح هكذا : « الفدا » فى هذا الموضع وفيما سبلى . فأضفنا

المهزة . وفى المغرب : فداء من الأثر فداء وفدى استنقذه منه بمال والفدية اسم ذلك المال .
والمفاداة بين اثنين يقال فاداه إذا أطلقه وأخذ فديته . وعن أئبردالمفاداة أن يدفع رجلا ويأخذ
رجلا والفداء أن يشتريه وقيل هما بمعنى والمراد بقوله فى الديات : « وإن أحبوا فادوا » إطلاق
القائل أو وليه وقبول الدية لأنها عوض الدم كما أن الفدية عوض الأثير .

(٧) فى ح : « عبدا » .

(٨) فى ا و ب و ح : « يجب عليه » .

(٩) كذا فى ا و ح . وفى الأصل : « وذلك » . وهى ليست فى ب .

(١٠) الواو من ا و ح .

(١١) « العبد » ليست فى ا و ح .

شاء فدى^(١) عنه ، بجميع الأرض ، لاجماع^(٢) الصحابة على ذلك .

فإن مات العبد^(٣) قبل أن يختار الفداء ، فلا شيء^(٤) على المولى ، لأن الحق متماعق بالعين ، فيزول بزواله . وإن كان بعد اختيار الفداء^(٥) ، لم يبطل^(٦) ، لأنه انتقل الحق إلى ذمة المولى بالتزامه .

وإن جنى العبد على جماعة : فالمولى بالخيار : بين أن يدفع العبد إليهم وكان^(٧) مقسوما بينهم^(٨) ، على قدر ما لكل^(٩) واحد منهم من^(١٠) أرش الجناية ، وبين أن يمسك العبد^(١١) ، ويفدى بأرش^(١٢) الجنائيات كلها ، لما ذكرنا .

ولو^(١٣) تصرف المولى في العبد الجاني ، بعد العلم بالجناية^(١٤) ، تصرفا

(١) في ح : « فدى » . وفي ب كذا : « أفدى عينه » .

(٢) في ا و ح : « بإجماع » .

(٣) زاد في ا و ح : « بالجناية » .

(٤) الفاء من ا .

(٥) « فلا شيء على المولى . . . اختيار الفداء » ليست في ح .

(٦) في ا و ب و ح : « لم يبطل الفداء » .

(٧) في ح : « وكان الثمن مقسوما » .

(٨) « بينهم » ليست في ا و ح .

(٩) في ا و ح : « قدر كل » .

(١٠) في ا و ح : « في » .

(١١) « العبد » ليست في ا و ح .

(١٢) في ا و ب و ح : « ويكرم أرش » بدلا من : « ويفدى بأرش » .

(١٣) كذا في ب . وفي الاصل و ا و ح : « فلو » .

(١٤) في ا و ب و ح : « بالخيار » .

يخرجه^(١) عن ملكه ، نحو^(٢) البيع والهبة والايعتاق ، أو^(٣) أقر به^(٤) لرجل ، أو كانت أمة فاستولدها - فإنه^(٥) يصير مختاراً للفداء : بالدية إن^(٦) كانت^(٧) الجناية في النفس ، وبالأرث^(٨) إن كانت الجناية فيما دون النفس ، لأن المخير بين الشئيين إذا فعل ما يدل على اختيار أحدهما ، أو منع^(٩) من اختيار أحدهما - تعين الآخر للاختيار ، ومع^(١٠) هذه التصرفات تعذر الدفع .

وإن كان لا يعلم بالجناية^(١١) يلزمه قيمة عبده ، إذا كانت أقل من الأرث ، لأنه لا يصير مختاراً بلا علم ، ولكن امتنع التسليم إلى الولي بفعله^(١٢) ، مع تعلق حق الولي به^(١٣) ، فيصير متلفاً عليه هذا القدر ، فيلزمه ذلك

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل يشبه : « يخرج » .

(٢) في ح : « بحق » .

(٣) في ح : « و » .

(٤) « به » ليست في ب .

(٥) « فإنه » ليست في ا و ح .

(٦) في ب : « وإن » .

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « كان » .

(٨) في ب : « والأرث » .

(٩) كذا في ح و ا . وفي الاصل و ب : « يمنع » .

(١٠) في ا : « أحدهما بين ومع » . وفي ح : « أحدهما بين الاختيار ومع » .

(١١) « بالجناية » من ا و ح .

(١٢) في ا و ح : « ولي الجناية بفعله » . وفي ب : « إلى الولي وبفعله » .

(١٣) « به » ليست في ب .

القدر^(١) ، ولا حق لولى الجناية فيما زاد عليه .

. . .

وأما جنابة المدبر وأصم الولد^(٢) :

فقى^(٣) مال المولى ، حالة ، دون عاقلته - يعتبر الاقل من أرش الجناية ومن قيمته^(٤) ، لأن الاصل في جنابة العبد هو دفع الرقبة^(٥) ، إلا أنه بالتدبير والاستيلاء صار مانعا من التسليم ، من غير اختيار - فكأنه دبره ، وهو لا يعلم بالجنابة ، فيلزمه الاقل من ذلك ، لما ذكرنا .

ولا يازم المولى بجنابتهما أكثر^(٦) من قيمة واحدة ، وإن كثرت الأروش : يستوى فيه من تقدم أو تأخر في الجنابة ، لأن المنع من منع واحد ، والضمان يتعلق به ، فجعل كأن الجنابات اجتمعت ، ثم دبره^(٧) وهو لا يعلم بها . ويعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم يوم^(٨) جنى عليه ،

(١) « القدر » من ا و ح .

(٢) راجع في الجزء الثاني : باب أم الوالد (ص ١٠٦ ؛ وما بعدها) ، وباب المدبر (ص ١١١ ؛ وما بعدها) .

(٣) الفاء من ا و ح . فقى الاصل وب : « فى » .

(٤) « يعتبر الاقل ... قيمته » من ا و ب و ح . وفي الاصل : « بقدر قيمته » وفي الكاساني (٧ : ٢٦٦ : ٨ من أسفل وما بعده) : « فأصل الواجب بها قيمة المدبر على المولى ... وأما مقدار الواجب فمقدار الواجب بهذه الجنابة الاقل من قيمته ومن الدية » .

(٥) فى ح : « هو الدفع لرقبته » . وفى ا : « الدفع للرقبة » .

(٦) « أكثر » ليست فى ح و ا . وفى ا : « بجنابتهما عن قيمته » .

(٧) فى ب : « ثم دين » .

(٨) فى ب : « من يوم » .

ولا يعتبر القيمة يوم التدبير ، لأنه ^(١) صار مانعا بالتدبير السابق عن تسليمه في حال الجناية .

. . .

وأما جناية المظن ^(٢) :

< ف > عليه دون ^(٣) سيده ، ودون عاقلته - يحكم عليه بالاقول من قيمته ومن أرش جنايته . وهذا لأن الواجب الاصلى هو ^(٤) دفع الرقبة ، وتسليم رقبته ممكن ، فى الجملة ، بأن عجز ^(٥) نفسه ، فيكون متعلقا برقبته على طريق التوقف ^(٦) : فلا ^(٧) ينتقل الحق من رقبته إلى ذمته ، ليؤدى ^(٨) من كسبه ، إلا بأحد معان ثلاثة : إما بحكم الحاكم بأرشها عليه ، أو يصطلحوا على الارش ، أو يموت ويترك مالا أو ولدا ^(٩) - وهذا الذى ذكرنا ^(١٠) مذهبننا ،

(١) فى ح : « لأنها » .

(٢) راجع باب الكتابة فى الجزء الثانى (ص ٤١٦ وما بعدها) .

(٣) « صار مانعا . . . عليه دون » ليست فى ب .

(٤) « هو » ليست فى ح و ا .

(٥) فى ا و ح : « يعجز » . وعبارة الكاسانى (٧ : ٢٦٨ : ٩ من أسفل) : « ولنا أن

الحكم الاصلى فى جناية العبد هو وجوب الدفع ، وامتناعه ههنا لعارض لم يقع اليأس عن زواله ، وهو الكتابة ، لاحتمال العجز ، لأنه ربما يعجز ، فيرد فى الرق ، فيبين أن الجناية صدرت من القن ، فلا يمكن قطع القول بصيرورة قيمته ديناً فى ذمته إلا من حيث الظاهر ، والامر فى الحقيقة على التوقف » .

(٦) فى ب و ح : « التوقف » . وفى ا : « التوفيق » . راجع الهامش السابق .

(٧) فى ب و ح : « ولا » .

(٨) فى ا : « تؤدى » .

(٩) فى ب : « مالا وولدا » .

(١٠) « ذكرنا » ساقطة من ح . وفى ا : « وهذا مذهبنا » .

وقال زفر : إن جنائيته تجب في ذمته ^(١) ، بمنزلة الحر ^(٢) .
وثمره الخلاف تظهر في مواضع :

— من ذلك أن المكاتب إذا عجز ، قبل انتقال الجناية من رقبته . يقال للمولى : ادفعه أو افده . وعند ^(٣) زفر : يباع في الأرض ^(٤) .

— ومن ذلك أيضا أن المكاتب إذا جنى ثم جنى قبل القضاء بالجنائية الأولى ^(٥) عليه ، يقضى عليه بقيمة واحدة ، لأن الجنائية تتعلق بالرقبة ، والرقبة الواحدة تتضايق عنهما ، كجنائتي ^(٦) العبد . وعند زفر : يحكم في كل جنائية بقيمته ، لأنها تجب عنده في الذمة ولا تضايق فيها ^(٧) .

وأما جنائية العبد و ^(٨) المدبر وأم الولد على مولاها ^(٩) أو على ماله ^(١٠) ، خطأ : < ف > تكون هدرا ، لأنه لو وجب الضمان ، يجب على العبد المولى ^(١١) ، والمولى لا يجب له مال على عبده ^(١٢) .

(١) في ا و ح : « في الذمة » .

(٢) « الحر » ساقطة من ا و ح كذا : « اخر » .

(٣) في ا و ح : « وقال » .

(٤) « في الأرض » ليست في ا .

(٥) « الأولى » من ا و ح .

(٦) في ح : « كجنائية » .

(٧) في ا و ح : « ولا يتضايق » اهـ . وزاد هنا في ب : « والله تعالى أعلم » .

(٨) « العبد » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « وأما جنائية المدبر . . . النخ » .

(٩) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « مولاها » - انظر المامش السابق .

(١٠) كذا في ب . وفي الأصل : « مالها » . وفي ح و ا : « مالهم » .

(١١) « للمولى » من ا و ب و ح .

(١٢) « والمولى . . . عبده » ليست في ا و ب و ح .

وكذا^(١) الجناية من المولى ، عليهم : تكوز^(٢) هدرأ أيضا^(٣) ، إلا أن فى المدبر يجب عليه^(٤) أن يسعى فى قيمته إذا قتل^(٥) المولى خطأ ، لأن العتق^(٦) وصية ، فلا يجوز أن يسلم^(٧) للقاتل^(٨) .

وأما جناية المكاتب على مولاه ، وجناية مولاه^(٩) عليه^(١٠) - خطأ ، فلا زمة^(١١) ، لأن المكاتب أحق^(١٢) بمنافعه ، وأكسابه^(١٣) ، فيكون كالحر سواء .

وأما الجنين - < فنقول > :

إذا ضرب الرجل بطن^(١٤) امرأة ، حرقة - فألقت جنينا ميتا^(١٥) : فعليه

-
- (١) كذا فى ب . وفى الأصل : « فكذا » . وفى ح و ا : « ثم » .
 - (٢) « تكوز » من ا و ب و ح .
 - (٣) « أيضا » من ا و ب و ح .
 - (٤) « عليه » ليست فى ا و ح .
 - (٥) فى الأصل و ب : « إذا قبل » .
 - (٦) فى ا و ح : « عتقه » .
 - (٧) فى ا و ح : « تسلم » . انظر الهامش التالى .

(٨) البارة فى الكسانى (٧ : ٢٧٠ : ٢٢٢ - ٢٥) : « وإن كان مدبرا فقتل مولاه خطأ : فجنايته هدر ، وعليه السعاية فى قيمته ، لأنه لو وجبت الدية لوجب على المولى ، لأنه لو جنى على أجنبي لوجب الدية عليه : فههنا أولى ، ولا سبيل إلى الإيجاب له وعليه ، إلا أنه يسمى فى قيمة نفسه لأن العتق يثبت بطريق الوصية : ألا ترى أنه يعتبر من انكث ، والوصية لا تسلم للقاتل ، إلا أن العتق يعد وقوعه لا يَحْتَمِلُ الفسخ فوجب عليه قيمة نفسه » .

- (٩) فى ا و ح : « المولى » .
- (١٠) « عليه » ليست فى ب .
- (١١) « فعليه الأقل من قيمته أو الدية » الكسانى ، ٧ : ٢٧١ : ٧ .
- (١٢) فى ا و ح : « أولى » .
- (١٣) فى ح : « منافع أكسابه » . وفى ا : « بمنافع أكسابه » .
- (١٤) فى ب : « فى بطن » .
- (١٥) « ميتا » من ا و ب و ح .

الغرة^(١) ، وهى عبد أو أمة تعدل خمسمائة درهم^(٢) ، ذكرنا كان الجنين أو أنثى .

وكان القياس فيه^(٣) أن لا يجب شيء ، لأنه يحتمل أنه لم يكن فيه حياة ، وقت الضرب ، ولهذا لو ضرب بطن دابة ، فألقت جنينا ، ميتا ، لا يجب الضمان . وفى الاستحسان : يجب ، لا إجماع الصحابة على ذلك . ويكون على العاقلة .

ولو ألقته^(٤) حيا ، فمات^(٥) من ساعته ، فعليه^(٦) الدية ، كاملة ، على العاقلة ، لأنها صارت نفسا^(٧) من كل وجه^(٨) .

ولو ماتت الأم بالضرب ، ثم خرج الجنين ، ميتا : لا يلزمه الغرة ،

(١) فى المغرب : غرة المال خياره كالفرس والبئر النجيب والعبء والائمة الفارسة ومنه الحديث « وجعل فى الجنين غرة : عبدا أو أمة » أى رقيقا أو مملوكا ثم أبدل عبدا أو أمة . وقيل : أطلق اسم الغرة وهى الوجه على الجملة كما قيل رقبة ورأس ، فكأنه قيل : وجعل فيه نسمة : عبدا أو أمة . وقيل : أراد الخيار دون الرذال . وعن أبى عمرو بن العلاء : لو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أراد بالفرقة معنى أقال : « فى الجنين عبدا أو أمة » ، ولكنه عنى البياض فلا يقبل فى دية الجنين إلا غلام أبيض وجارية بيضاء . وانظر الكاساني ، ٧ : ٣٢٥ : ٢٤

(٢) « درهم » من ب . والعبارة فى أ : « فعليه غرة وهى خمسمائة درهم فضة أو خسون ديناراً ، ذكرنا كان الجنين أو أنثى » .

(٣) « فيه » من ب .

(٤) كذا فى أ و ب و ح . وفى الأصل : « ألقته » .

(٥) كذا فى أ و ب و ح . وفى الأصل يشبه : « فمات » .

(٦) فى أ و ب و ح : « فقيه » .

(٧) فى ح : « لأنه صار نفسا » . وفى أ : « لأنه قتل نفسا » . انظر الهامش التالى .

(٨) « والجنين نفس من وجه دون وجه بدليل أنه لا يجب فيه كمال الدية » الكاساني ،

لا احتمال أنه مات بسبب الحق ، فزاد ههنا احتمال ^(١) آخر .

وأصل الوجوب ثبت بخلاف القياس ، فلا يقاس عليه ^(٢) ما ليس نظيره .

. . .

ولو ضرب بطن أمة ، فألقت جنينا ، ميتا : يغرم ^(٣) نصف عشر قيمته
إن كان ذكرا ، وعشر قيمتها ^(٤) إذا كان أنثى . وقال الشافعى : فيه
عشر قيمة الأثم .

وهذا لما ذكرنا ^(٥) أن الواجب في الجنين الغرة ، بالنص ، وهو خمسمائة
درهم ^(٦) وذلك عشر دية الأنثى ، ونصف عشر دية الذكر ، والقيمة في
الأمة كالدية في الحرة ، فوجب عشر قيمتها ^(٧) إن كانت ^(٨) أنثى ،
ونصف عشر قيمته إن كان ذكرا ، بناء على الحر ^(٩) ؛ إلا أن ^(١٠) ماوجب
في جنين الأمة ، فهو في مال المضارب ^(١١) ، حالا ^(١٢) ، لأن مادون

(١) في ب : « احتمالا » .

(٢) في ا و ح : « على » .

(٣) في ا و ب و ج : « فقيه » .

(٤) في ب : « قيمته » .

(٥) في ب : « وهذا لما ذكرنا لأن كان ذكرا » .

(٦) درهم « من ا و ب » .

(٧) في ب : « قيمته » .

(٨) في ا و ب و ح : « كان » .

(٩) في ا و ح : « الحرة » .

(١٠) « أن » ليست في ا و ح .

(١١) في ب : « المضارب » .

(١٢) « حالا » ليست في ح .

النفس من الرقيق ضمانه ضمان الأموال ، وذلك مما^(١) لا تتحملة العاقلة ،
مخلاف جنين الحرة .

وأما بيان من تجب عليه الدية - فنقول :

كل دية وجبت بنفس القتل ، في خطأ ، أو شبه عمد ، أو في عمد دخلته^(٢)
شبهة : تجب^(٣) في ثلاث سنين ، على من^(٤) وجبت عليه : في كل
سنة الثلث .

فالحطأ وشبه العمد^(٥) : على العاقلة .

و < أما > العمد الذي تدخله الشبهة ، فيتحول مالا : فهو في مال
الجانى ، في ثلاث سنين ، وذلك مثل قتل الأب ابنه^(٦) ، والمولى عبده^(٧) .
وكذلك إذا صولح من الجناية على مال : لا يجب على العاقلة ، ويجب
على القاتل ، في ماله ، حالا ، لأنه ما وجب بنفس القتل ، وإنما وجب^(٨)

(١) في ح : « ما » . وفي ب : « وذلك لا بخلاف جنين الحرة » .

(٢) في أ : « دخلت » .

(٣) « تجب » من أ و ح . وفي الأصل : « وهى » . وفي ب : « فهو » . بدلا من :

« تجب » .

(٤) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « ما » .

(٥) في ح : « كالحطأ أو شبه العمد » .

(٦) في ب : « الأب الابن » . وفي أ و ح هكذا : « الاجانية » . والظاهر أنه تحريف

من الناسخ . راجع ص ١٤٢ وما بعدها .

(٧) « والمولى عبده » ليست في ب . راجع ص ١٤٢ وما بعدها .

(٨) في ب : « يجب » .

بمقد الصلح ، فإن جعلاه مؤجلا ، يكون مؤجلا ، وإلا فيكون حالا ،
كشمن المبيع .

وكذا من أقر على نفسه ، بالقتل ، خطأ : فالدية في ماله ، في ثلاث
سنين^(١) ، لا على العاقلة .

وكذلك ما وجب بجناية العبد : فإنه لا يكون على العاقلة .
وأصل ذلك حديث عمر ، رضى الله عنه ، موقوفا عليه^(٢) ومرفوعا :
« لا تعقل العاقلة عمدا ، ولا عبدا ، ولا صلحا ولا اعترافا ، ولا مادون
أرشد الموضحة » - إلا أن في الصلح ، تجب حالا ، وفي الإقرار ، والعمد
الذى فيه^(٣) شبهة ، تجب عليه ، ولكن مؤجلا في ثلاث سنين ، لا إجماع^(٤)
الصحابة : أن الدية تجب^(٥) مؤجلة في ثلاث سنين : في كل سنة^(٦)
الثلاث ، عند انقضائها .

وكذلك الحـكم في الحر من بدل النفس : فهو في ثلاث سنين ،
كالعشرة إذا قتلوا واحدا ، خطأ : فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية ،
في ثلاث سنين^(٧) .

(١) « سنين » ليست في أ

(٢) « عليه » من أ ب و ح . وفي ح : « موقفا عليه » .

(٣) في أ و ح : « دخلت فيه » .

(٤) في أ و ح : « بإجماع » .

(٥) « تجب » ليست في ب .

(٦) « في كل سنة » ليست في ب .

(٧) « كالعشرة ... سنين » ليست في أ و ح .

ولا يغرم كل رجل من العاقلة إلا ثلاثة^(١) دراهم ، أو أربعة ، فى ثلاث سنين ، فإن قلت^(٢) العاقلة حتى صار^(٣) نصيب كل واحد منهم أكثر من ذلك ، يضم إليهم أقرب القبائل منهم ، فى النسب ، من أهل الديوان كانوا أو من غيرهم ، حتى لا يلزم الرجل منهم أكثر من ذلك ، لأنه يجب عليهم ، بطريق الإئعانة ، تخفيفا على قريبهم ، فلا يجوز أن يجب عليهم^(٤) على وجه فيه تعسير عليهم .

وأما أرش مادون النفس ، خطأ ، إذا بلغ نصف عشر الدية ، فهو على العاقلة ، فى سنة . وكذا فى المرأة إذا^(٥) بلغ نصف عشر ديتها : يكون على العاقلة ، فى سنة ، لأن ما دون النفس^(٦) معتبر بالدية . ثم ما زاد^(٧) على نصف العشر إلى أن يبلغ ثلث الدية ، وفى سنة ، قياسا على ما يجب على العاقلة ، فى السنة الأولى . فإن زاد على الثلث^(٨) : فالزيادة تجب^(٩) فى سنة أخرى إلى الثلثين^(١٠) .

(١) فى ا و ح : « ولا يلزم كل واحد من العاقلة إلا بثلاثة دراهم » .

(٢) فى ا و ح : « قلت » .

(٣) « صار » من ا و ح .

(٤) فى ا و ح : « قرابتهم فلا يجب عليهم » .

(٥) فى ا و ح : « وكذا فى جنين المرأة إلا أنه إذا ... الخ » . راجع الكاسانى ، ٧ :

٣٢٣ : ٢ .

(٦) « خطأ إذا بلغ ... لأن ما دون النفس » ليست فى ب .

(٧) فى ا و ح : « ثم إذا زاد » .

(٨) « وفى سنة قياسا ... على الثلث » ليست فى ا و ح .

(٩) « تجب » من ا و ح .

(١٠) فى ا و ح : « فى السنة الأخرى أى الثلثان » .

فإن زاد على الثلاثين : فهي ^(١) في السنة الثالثة .

ثم العاقلة من هم ^(٢) ؟

فمئذنا - العاقلة هم أهل الديوان ، في حق من له الديوان ، وهم المقاتلة . ومن لا ديوان له ، فعاقلته من كان من عصبته ^(٣) في النسب ^(٤) . وعند الشافعي لا يلزم أهل ^(٥) الديوان إلا أن يكونوا من النسب . والصحيح قولنا ، لما روى عن إبراهيم ^(٦) النخعي ^(٧) أنه قال : كانت الدية على القبائل ، فلما وضع عمر رضى الله عنه الدواوين ^(٨) جعلها على أهل الديوان ، وذلك بحضرة الصحابة ، رضى الله عنهم ، من غير خلاف . وتبين أنه إنما كان على أهل ^(٩) القبائل للتناصر ، فلما صار التناصر بالديوان اعتبر ^(١٠) الديوان ، لوجود المعنى . ولهذا لا تكون المرأة ، والصبي ، والعبد ، والمدبر ، والمكاتب من جملة العاقلة ، لأنهم ليسوا من أهل التناصر ، ولا من أهل الإعانة بالشرع ^(١١) - والله أعلم .

(١) في ب : « فهو » - راجع الكاساني ٧ : ٣٢٣ .

(٢) « من هم » ليست في أ .

(٣) في أ و ح : « عشيرته » .

(٤) في أ و ب و ح : « من النسب » .

(٥) في ح : « من أهل » .

(٦) و(٧) « إبراهيم » من أ و ح - فقيه أهل الكوفة . وهو تابعي جليل . دخل على عائشة رضى الله عنها ولم يثبت له منها سماع . وسمع جماعات من كبار التابعين . وروى عنه جماعات من التابعين منهم حماد بن أبي سليمان ، شيوخ أبي حنيفة . وأجمعوا على توثيقه وجلالته وبراعته في الفقه . وقد توفي سنة ٩٦ هـ . وهو ابن تسع وأربعين سنة وقيل ابن ثمان وخمسين سنة (الذوى ، التهذيب) .

(٨) في أ و ح : « الديوان » .

(٩) « أهل » من ب .

(١٠) في ب : « اعتبروا » .

(١١) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « بالتبرع » .

باب

ضمان الراكب ، ومن كان في معناه

أصل الباب^(١) : أن السير في ملك نفسه^(٢) مباح مطلق ، والسير في طريق المسلمين مأذون ، بشرط السلامة : فما^(٣) تولد من سيره من تلف^(٤) ، مما يمكن الاحتراز عنه ، فهو مضمون ؛ وما لا يمكن الاحتراز عنه ، فليس بمضمون ، إذ لو جعلناه مضمونا ، لصار ممنوعا عن السير ، وهو مأذون . ولهذا قال أصحابنا رضوان الله عليهم إن ما^(٥) أثار^(٦) من الغبار ، بالمشي أو بسير الدابة ، لا يضمن ما تولد منه ، لأنه لا يمكن الاحتراز عنه^(٧) .

وكذا ما أثار^(٨) الدابة ، بسنابكها ، من الحصى الصغار . وأما الحصى

(١) في ح : « قال رحمه الله : أصل الباب » .



(٢) في ب : « في ملكه » .

(٣) كذا في ا و ب . وفي الأصل : « وما » . وفي ح : « فبا » .

(٤) « من تلف » من ا و ح .

(٥) « ما » من ا و ب و ح .

(٦) في ا و ح : « ما كان » .

(٧) في ب : « لا يمكن التحرز » اهـ .

(٨) « الدابة » ليست في ا و ح .

الكبار : فإن الراكب يضمن ما تولد منه ، لأنه لا يكون سبياً إلا^(١)
بالعنف في السير^(٢) ، فيمكن الاحتراز عنه .

وإذا ثبت هذا - فنقول^(٣) :

— من سارت دابته في طريق المسلمين ، وهو راكب عليها ، أو قائد ،
أو سائق - فوطأت^(٤) دابته رجلاً ، بيدها أو رجلها ، أو كدمت^{فصدمت} ، أو
صدمت بصدرها ، أو^{٧٨٢} خبطت بيدها : فهو ضامن ، لأنه يمكن^(٦)
الاحتراز عنه^(٧) .

— وكذلك السائق^(٨) والقائد^(٩) ، لأنه مقرب للدابة^(١٠) إلى الجنابة .
— والرديف كالراكب ؛ إلا أن الفرق أن الراكب قاتل^(١١) بوطء

(١) في ا و ب و ح : « لأن ذلك لا يكون إلا » .

(٢) في ح و ا : « بالسير » .

(٣) « فنقول » من ا و ب . وفي ح : « نقول » .

(٤) كذا في ب . وفي ا و ح والاصل : « فأوطأت » . وفي المصباح : إنه يمتد إلى
ثان بالهمزة فيقال : أوطأت زيدا الأرض - قال الباقون في النهاية (اليمنية ، ٩ : ٢٥٧) :
« الصحيح : لما وطئت الدابة - وقيل : يجوز أن يكون مفعولاً للإبطاء محذوفين وتقديره :
أوطأت الدابة يدها أو رجلها إنساناً » .

(٥) الواو ساقطة من الاصل .

(٦) في ا و ح : « يمكنه » .

(٧) « عنه » ليست في ا .

(٨) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل كذا : « وكذلك عضت السائق » .

(٩) « والقائد » من ا . وفي ح : « وكذلك القائد » . وفي ب : « وكذا القائد » .

(١٠) في ا و ح : « الدابة » .

(١١) في ب : « قابل » .

الدابة بثقله وفعله وليس بمسبب ، والسائق مسبب ، حتى تجب ^(١) الكفارة على الراكب دون السائق والقائد .
 — ولو نفخت ^(٢) الدابة برجلها ^(٣) ، وهى تسير ، أو بذنبها ، فلا ضمان فى ذلك على راکب ، ولا ردیف ، ولا سائق ، ولا قائد ^(٤) — لأن الاحتراز عنه غير ممكن .

— ولو أوقف ^(٥) الدابة فى الطريق ، فهو ضامن لما تولد من وقوف الدابة : من الوطء ، والنفحة بالرجل ، والذنب ، وما عطب ^(٦) بروثها ، وبولها ، ولعابها ^(٧) .

— وكذا إذا أوقفها ^(٧) على باب مسجد من مساجد المسلمين ، فهو بمنزلة الطريق ، لأنه من جملة ^(٨) ، والسير مأذون فى الطريق ، دون الوقوف والایيقاف ^(٩) .

— فإن جعل الإمام ، للمسلمين ، عند باب المسجد ، موقفاً لوقوف

(١) فى ح : « يوجب » .

(٢) نفخت الدابة نفحاً ضربت بحافرها (المصباح) . وراجع ابن الهمام ، الفتح ، ٨ : ٣٤٥ .

٣٤٦ . وفى ب : « نفخت » .

(٣) « برجلها » ليست فى ا و ح .

(٤) كذا فى ب و ا و ح . و « قا » ساقطة فى الاصل .

(٥) فى ب : « وقف » .

(٦) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « عطبت » .

(٧) كذا فى ا . وفى الاصل : « أوقف » . وفى ح : « أوقفت » . وفى ب : « وقف » .

(٨) فى ا و ح : « لأنه من جملة الطريق » .

(٩) فى ا و ب و ح : « دون الوقوف بالاتفاق » .

الدواب ^(١) : فما حدث ، من الوقوف ^(٢) ، غير مضمون ، لأنه مأذون فيه . ولكن لو ساق الدابة فيه ^(٣) ، أو قاد ، أو سار فيه ، على الدابة : يضمن ، لأن الإذن في حق الوقوف ، لا غير ، فبقى ^(٤) السير على ما كان : بشرط السلامة .

— وعلى هذا : وقوف الدواب ، في سوق الحيل والدواب ، لأن ذلك مأذون من جهة السلطان .

— وعلى هذا : الفلاة ، وطريق مكة ، إذا كان وقوف الدابة في غير ^{الحجة} ^(٥) ، في ناحية منه ^(٦) ، لأن هذا مما لا ^(٧) يضر بالناس ، فلا يحتاج فيه إلى الإذن . وأما الوقوف في المحجة فهو ^(٨) كالوقوف في طريق المسلمين .

— فأما إذا كان الطريق ملكا خاصا ، له ^(٩) ، فساق ^(١٠) فيه ^(١١) دابته ،

(١) في حـ هكذا : « موقوفا لو وقف الدابة » . وفي أ : « للمسلمين موقفا عند باب المسجد أو موقف الدابة فما حدث في ذلك غير مضمون » .

(٢) في حـ : « في الوقوف » . وفي أ : « فاحدث في ذلك غير مضمون » - راجع الهامش السابق .

(٣) « فيه » ليست في ب .

(٤) في ب : « فيبقى » .

(٥) المحجة جادة الطريق (المصباح) .

(٦) في أ و حـ : « و ناحية منها » .

(٧) « لا » ليست في ب .

(٨) « فهو » من أ و حـ .

(٩) « له » ليست في أ و حـ .

(١٠) كذا في أ و ب و حـ . وفي الأصل : « فساب » . وفي المصباح ما مفاده : ساب

الفرس تسبب أي ذهب على وجهه ، وسببه صاحبه . فلعل الصحيح إذن أن يقال : « فسبب فيه دابته » .

(١١) « فيه » ليست في أ و حـ .

أو سار بها وهو راكب ، أو في ملكه في الجملة ^(١) : فما تولد من سيره فهو غير مضمون عليه ، إلا وطء الدابة ، لأنه تصرف في ملكه ^(٢) ، فلا يتقيد بشرط السلامة ، لكن الوطء بمنزلة فعله ، لحصول الهلاك بثقله . ومن تعدى على الغير ^(٣) في دار نفسه يضمن .

— ولو نفرت الدابة أو انفلتت ^(٤) منه : فما أصابت في فورها ذلك ، لا ضمان عليه ^(٥) ، سواء كان الانفلات ^(٦) في ملك صاحبها ، أو في الطريق ، أو في ملك الغير ، لأنه لا صنع له فيه ، ولا يمكن الاحتراز عنه .

— وقد قالوا فيمن أرسل دابته : فما أصابت في فورها ضمن ، وإن مات يميننا ^(٧) أو ^(٨) شمالا ، ثم أصابت ، فهو على وجهين : إن لم يكن لها طريق آخر : يجب الضمان على المرسل ، لأنها باقية على الإرسال ، وإن كان لها طريق آخر ^(٩) ، فانعراجها ^(١٠) باختيارها يقطع حكم الإرسال ، فتصير كالمنفلتة . — ولو حفر بئرا ^(١١) في طريق المسلمين ، أو أخرج جناحا ، أو نصب

(١) في ب : « وهو راكب في ملكه في المحلة فما ... الخ » .

(٢) « لأنه تصرف في ملكه » ليست في أ و ح .

(٣) في ب تشبه : « العين » .

(٤) في أ و ح : « انقلبت » .

(٥) « عليه » ليست في أ و ح .

(٦) كذا في أ و ح و ب . وفي الأصل : « الاملات » .

(٧) في أ و ح : « يمنة » .

(٨) في ب : « و » .

(٩) « يجب الضمان ... طريق آخر » ليست في أ و ح .

(١٠) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « فانعراجها » . وفي القاموس : انمرجت

عنه عدات عنه وتركته .

(١١) في ح : « بئر » .

فيه ميزابا ، أو بنى دكانا ، أو وضع حجرا ، أو خشبة ، أو متاعا^(١) ، أو صب ماء فى الطريق^(٢) ، أو قعد ليستريح ، أو^(٣) لمرض^(٤) أصابه ، فعمر بشىء من ذلك عابر^(٥) ، فوقع ، فمات ، أو وقع على غيره ، فقتله ، أو على مال إنسان ، فهلك : فهو ضامن ، لأنه متمعد^(٦) ، لأن الطريق مأذون فيه للسير لا غير ، فما^(٧) تولد منه ، يكون مضمونا .

ثم ما كان من الجنابة ، على بنى آدم ، فهو على العاقلة^(٨) ، على ما ذكرنا^(٩) . وما كان على^(١٠) المال ، فهو عليه ، فى ماله ، حالا .

— ولو كان الرجل سائرا على دابته^(١١) ، أو واقفا عليها ، فى ملكه أو فى طريق العامة — فنجس دابته رجل ، فضربت بذنبها^(١٢) أو برجلها^(١٣) ، أو نفرت فصدمت^(١٤) إنسانا ، فى فور النخسة : فالناخس ضامن ، دون

(١) فى ح : « أو مناخا » . و « أو خشبة أو متاعا » ليست فى ا .

(٢) فى ح : « فى الطريق للسير » .

(٣) « أو » ليست ب .

(٤) فى ح : « مرض » .

(٥) فى ا و ب : « عائر » . وفى ح : « عائرة » .

(٦) « لأنه متمعد » ليست فى ح و ا . وهى فى الاصل و ت : « لأنه متمدى » .

(٧) فى ح : « فيما » .

(٨) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « الماكلة » .

(٩) راجع فيما تقدم ص ١٨٣ وما بعدها .

(١٠) فى ا و ح : « من » .

(١١) فى ب : « دابة » .

(١٢) فى ب : « بيدها » .

(١٣) كذا فى ا و ح . وفى الاصل و ب : « رجليها » .

(١٤) فى ا و ح : « وصدمت » .

الراكب ، إذا فعل ذلك بغير أمره ، لأنه متمعد في النخس^(١) ، فما^(٢) تولد منه مضمون عليه^(٣) ، والراكب ليس بمتعمد .

فأما إذا انقطع الفور^(٤) ، فذلك مضاف إلى اختيار الدابة ، لا إلى الناحس . وكذلك^(٥) لو ضربها^(٦) رجل ، بغير أمره .

— فأما إذا نخس بأمر الراكب ، أو ضرب فنفخت برجلها إنسانا ، فقتلته^(٧) : فإن كان^(٨) الراكب يسير في الطريق أو كان^(٩) واقفا في ملكه ، أو في موضع قد أذن فيه بالوقوف ، من هذه الأسواق ، ونحوها ، فلا ضمان في هذا : على راکب ، ولا سائق ، ولا ضارب ، ولا^(١٠) ناخس ، لأنه فعل ، بأمر الراكب ، فعلا يملكه الراكب ، فصار فعله كفعله ، ولو فعل الراكب لا يضمن ما أصابت الدابة^(١١) بالرجل^(١٢) . فكذا هذا .

(١) « دون الراكب ... في النخس » ليست في ا و ح .

(٢) في ح و ا : « لما » . انظر الهامش التالي .

(٣) « مضمون عليه » ليست في ا و ح . راجع الهامش السابق .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « العقد » .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « فكذلك » .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « ضرب بها » .

(٧) في ح : « فقتله » .

(٨) « كان » من ا و ب و ح .

(٩) « كان » من ا و ح .

(١٠) « لا » من ا و ب .

(١١) « الدابة » من ا و ح .

(١٢) في ا و ح : « الرجل » .

— ولو كان الراكب واقفاً في بعض طرق^(١) المسلمين ، التي لم يؤذن بالوقوف فيها ، فأمر رجلاً أن يضرب دابته ، فضربها ، فنفتحت رجلاً^(٢) ، فقتلته^(٣) ، فالدية عليهما نصفان — هكذا ذكر^(٤) الكرخي .

وروى ابن سماعه عن أبي يوسف ، في هذا ، أن الضمان على الراكب لا غير ، لأن ضربه لها ، بأمر الراكب^(٥) ، كضرب الراكب ، ولو فعل الراكب ، فتولد منه شيء ، برجلها ، يضمن — فكذا هذا^(٦) .

ووجه ما ذكر الكرخي أن كل واحد منهما متعمد ، بطريق التسبب ، فصارا^(٧) شريكين .

— ولو كان الرجل يسير على دابته ، فأمر رجلاً حتى ينخسها^{سَمَّوْهُ بِمَنْعَةٍ} ، أو يضربها^(٨) ، فوطئت إنسانا ، فمات : فالضمان عليهما .

-- وكذلك لو فعل ، بغير أمر الراكب ، فوطئت إنسانا^(٩) ، فمات : فالضمان عليهما ، لأن الموت حصل بسبب فعل الناحس ، وثقل^(١٠)

(١) في ا و ب و ح : « طريق » .

(٢) « رجلاً » ليست في ب .

(٣) كذا في ب و ا . وفي الأصل و ح : « فقتله » .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « ذكره » .

(٥) في ح كذا : « لأن ضربه أصاب من الراكب .. » .

(٦) « هذا » ساقطة من ح . وفي ا : « هنا » .

(٧) كذا في ا و ب . وفي الأصل و ح : « فصار » .

(٨) في ا و ب و ح : « ينخسها أو يضربها » .

(٩) « فوطئت إنسانا » ليست في ا و ح . وفي الأصل بين السطور في هذا الموضع :

« أي بدنهما — صحح » . فتكون العبارة مع هذه الزيادة : « فوطئت إنسانا أي بدنهما » .

(١٠) في ا : « وفعل » . انظر الهامش التالي .

الراكب ، فيكون الضمان عليهما^(١) .

— ولو قاد الرجل قطارا^(٢) ، فما أوطأه^(٣) أوله ، أو^(٤) أوسطه ، أو^(٥) آخره : فهو ضامن له .

— وكذلك إن صدم إنسانا ، فقتله ، لأن القائد مقرب للبهيمة إلى الجناية ، وهذا مما يمكن الاحتراز عنه ، في الجملة ، بأن يزود^(٦) الناس عن الطريق . فإن كان معه سائق : فالضمان عليهما كيفما كان السائق^(٧) : في وسط القطار ، أو في آخره — لأنه قد يكون سائقا وقائدا^(٨) ، وقد يكون سائقا لا غير والأول قائد ، فهما مسبيان في^(٩) هذه الجناية .

— ولو كان على القطار محامل^(١٠) فيها أناس ، نيام أو غير نيام^(١١) :

عَمْرُو بْنُ زَيْدٍ

(١) « لأن الموت ... الضمان عليهما » ليست في ح .

(٢) القطار من الإبل قطعة منها يلى بعضها بعضا على نسق واحد واستعمل اليوم امجلات السكة الحديدية لتقاطرها أى تتابعها (المنجد) - ولعل الصحيح أن يقول : « لركبات » بدلا من « امجلات » .

(٣) أوطأ أصله وطى . أى علا - تمدى لى تان بالهمزة : يقال أوطأت زيدا الأرض (المصباح) . راجع فيما تقدم الهامش ؛ س ١٨٨ .

(٤) و (٥) في ب : « و » .

(٦) في ح : « يزود » . وفي ب : « يزود » .

(٧) « السائق » ليست في ب .

(٨) القائد من يكون أمام الدابة آخذا بقيادها ، والسائق أن يكون خلفها - كذا قال

الخليل (المصباح) .

(٩) كذا في ا و ب و ح . وفى الأصل : « من » .

(١٠) جمع تخميل وهو المودج (المنجد والمصباح) .

(١١) « أو غير نيام » ليست في ب .

فإن كان منهم القَوْدُ^(١) والسوق: فهم شركاء السائق والقائد^(٢)، وعلى الركب أن الكفارة لا غير .

فأما إذا لم يكن منهم فعل^(٣) في القود: فهم كالمحتاج ، فلا شيء عليهم .
— ولو أن^(٤) حائطاً من دار إنسان مال إلى طريق نافذ أو إلى^(٥)

دار رجل ، فهذا على وجهين :

إن بنى^(٦) الحائط مائلاً إلى ملك غيره^(٧) ، أو إلى الطريق — فهو ضامن لما عطف^{بنيته} ، بسقوطه ، وإن لم^(٨) يطالب > بتقصه^(٩) ، لأنه متعمد بالبناء في هواء غيره ، وهواء طريق المسلمين حقهم أيضاً^(١٠) ، فما^(١١) تولد منه ، وهو^(١٢) ممكن الاحتراز عنه^(١٣) ، يؤخذ^(١٤) به .

(١) قاد الرجل الفرس قوداً وقيداً وقيادة — قال الخليل : القود أن يكون الرجل أمام الدابة أخذاً بقيادها . والسوق أن يكون خلفها — وإن قادها لنفسه قيل : اقتادها (المصباح) . (راجع الهامش ٨ ص ١٩٥) .

(٢) في ح : « فهم كالقائد والسائق » .

(٣) « فعل » ليست في أ .

(٤) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « كان » .

(٥) « إلى » من ب .

(٦) في ب : « إن كان بنا » . وفي أ و ح : « إن تبين الحائط » .

(٧) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « غير » .

(٨) « لم » من ب .

(٩) أخذناها مما سيأتي .

(١٠) « وإن لم يطالب ... حقهم أيضاً » ليست في أ و ح .

(١١) في أ : « فيما » .

(١٢) في أ و ح : « لأنه » .

(١٣) « عنه » من أ و ب و ح .

(١٤) في أ و ح : « فيؤخذ » .

فأما إذا بنى فى ملكه ، وحقه ، ثم مال البناء^(١) إلى الطريق ، أو إلى دار إنسان ، فلم يطالب بنقضه ، ولم يشهد عليه فيه ، حتى سقط على رجل فقتله ، أو على مال إنسان فأتلفه - فلا يضمن ، لأنه شغل هواء غيره ، ووقع^(٢) فى يده بغير صنعه ، وهو ميلان الجدار ، فيكون فى يده أمانة ، كثوب ألقته الريح فى يده ، فما تولد منه لا يؤخذ به . وإن^(٣) طواب كقضه ، وأشهد عليه ، ثم سقط بعد ذلك فى مدة أمكنه^(٤) نقضه فيها ، فهو ضامن ، لأن ، بعد المطالبة ، يجب عليه التفريغ^(٥) ، فإذا لم يفعل ، مع الإمكان ، صار متعمدا - كما فى الثوب الذى هبَّت به الريح : إذا طلبه^(٦) صاحبه ، فامتنع عن الرد ، يجب الضمان عليه ، إذا هلك . أما إذا لم يفرط فى نقضه^(٧) ، وذهب حتى يستأجر من يهدمه ، فسقط فأفسد شيئا ، فلا شيء^(٨) عليه ، لأنه يجب عليه إزالة يده^(٩) ، بقدر^(١٠) الممكن .
والإشهاد أن يقول الرجل : « اشهدوا أنى قد تقدمت إلى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا » . والمعتبر عندنا المطالبة بالهدم ، وإنما يحتاج إلى الإشهاد

(١) « البناء » من ب .

(٢) فى ا و ح : « فوق » .

(٣) فى ا و ب و ح : « فإن » .

(٤) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « فى هذه الأمكنة » .

(٥) « التفريغ » ليست فى ا و ح . وفى ب هكذا : « التوريم » .

(٦) فى ا و ح : « طالبه » .

(٧) فى ب هكذا : « فى نقضه شيء » .

(٨) فى ب : « فلا ضمان » .

(٩) فى ا و ح : « أذاه » .

(١٠) فى ا : « بالقدر » .

ليثبت^(١) به المطالبة، عند الـ إنكار، كما قلنا في الشفعة: إن المعتبر هو الطلب، وإنما الـ إـ شهاد ليثبت^(٢) الطلب بالشهادة، عند الـ إنكار^(٣) - حتى أو اعترف صاحب الدار^(٤) أنه طواب بنقضه، وجب عليه الضمان، وإن لم يشهد عليه. ثم إن كان الميلان إلى دار إنسان، فالـ إـ شهاد^(٥) إلى صاحب الدار إن كان فيها، أو لم يكن فيها ساكن^(٦)، وإن كان فيها ساكن^(٧)، فالـ إـ شهاد إلى السكان. وإن كان الميلان إلى طريق العامة، فالـ إـ شهاد إلى^(٨) كل من له حق المرور فيه: المسلم^(٩) والذمي فيه سواء.

ولكن إنما يصح^(١٠) الـ إـ شهاد على مالك الحائط أو^(١١) الذي له ولاية النقص: مثل الأب والوصى. < و > لا يصح^(١٢) الـ إـ شهاد على المرتن، والمستأجر، والمستعير، والمودع - لأنه ليس لهم ولاية النقص، فكان الـ إـ شهاد عليهم وعدمه: سواء.

(١) في ب: « وإنما يحتاج الإـ شهاد لثبت ». وفي ح: « ثبت ».

(٢) في ا و ح: « ليثبت به ».

(٣) راجع فيما تقدم ص ٧١ وما بعدها.

(٤) في ب: « صاحبه ».

(٥) في ا و ح: « فالمطالبة والإـ شهاد ».

(٦) في ح: « إن كان فيها ساكنًا أو لم يكن فيها ساكنًا ». وفي ب: « كان فيها ساكنًا أو لم يكن فيها ساكنًا ». وفي ا: « كان فيها ساكنًا أو لم يكن فيها ساكنًا... الخ ». والصحيح كما يبدو في نظرنا: « إن كان فيها ساكنًا، أو لم يكن فيها ساكنًا ».

(٧) في ا و ب و ح: « ساكن ». وذلك كالـ مستأجر والمستعير (راجع الكاساني، ٧ : ٢٨٤ : ١٩) .

(٨) « لل » من ا و ب و ح وفي الأصل: « على ». والصحيح ما في المتن كـ سيبين

فيما يلي، وانظر الكاساني، ٧ : ٢٨٤ .

(٩) في ا و ب: « والمسلم ».

(١٠) في ا و ح: « كان ».

(١١) في ب: « و ».

(١٢) في ا و ب و ح وفي الأصل: « فأما لا يصح ». و « الإـ شهاد » من ا و ح.

ولو أشهد من له حق الإِشهاد ، على صاحب الحائِط المائِل ، أو على من يصح عليه الإِشهاد ، فطالب منه التأجيل أو ^(١) الأبرأ ، فأجل وأبرأ ^(٢) : < ف > إن كان الميل إلى الدار ^(٣) صح ، لأنه أبطل حقه . فأما إذا كان الميل ^(٤) إلى الطريق ، فأبرأ أو أجل الذي أشهد عليه ، ممن له حق المرور أو القاضى ^(٥) ، فإنه لا يصح ، لأن هذا ^(٦) حق العامة : فأبرأ الواحد وتأجيله يصح في حقه ^(٧) لا في حق الناس ^(٨) .

— ولو باع صاحب الدار . بعد الإِشهاد ، فسقط الحائِط بعد ما قبضه ^(٩) المشتري أو بعد ما ملكه ، في زمان لا يتمكّن من نقضه ^(١٠) ، فلا ضمان على البائع ، فيما هلك بسقوطه ، لأنه لا يملك ^(١١) النقص ^(١٢) ، فسقط حكم الإِشهاد . وإن كان بعد التفريط ^(١٣) : لا يسقط الضمان ^(١٤) .

-
- (١) في ا و ح : « و » . انظر ما سبلى في المتن .
 (٢) كذا واضحة في ب وغير واضحة تماماً في الاصل . و « فأجل وأبرأ » ليست في ا و ح .
 (٣) « الدار » ليست في ا و ح . وفي ا : « لآليه » .
 (٤) « الميل » ليست في ب .
 (٥) « أو القاضى » ليست في ا . وفي ح : « والقاضى » .
 (٦) في ب : « وهذا » .
 (٧) في ب : « في حق نفسه » .
 (٨) في ا و ب و ح : « لا في حق الباقيين » .
 (٩) في ا و ح : « قبضها » .
 (١٠) « في زمان ... نقضه » ليست في ب .
 (١١) في ا : « ما تمكّن من » . وفي ح : « ما يمكن » .
 (١٢) كذا في ب و ا و ح . وفي الاصل : « البعْض » .
 (١٣) في ح : « ولأن كان بعد النقص التفريط » .
 (١٤) « وإن كان بعد التفريط لا يسقط الضمان » ليست في ب . وزاد في ب : « والله تعالى أعلم » .

باب^(١)

القسامة

يحتاج^(٢) في هذا^(٣) الباب إلى :

بيان^(٤) مشروعية القسامة ،

وإلى تفسيرها ،

وإلى بيان^(٥) من تجب عليه .

أما الأول :

فالقسامة مشروعة في القتل الذي يوجد وبه^(٦) علامة القتل ، من الجراح^(٧) وغيرها ، ولم يعرف له قاتل - بالأحاديث ، وقضاء عمر رضى الله عنه ، وإجماع الصحابة في خلافة عمر بن عبد العزيز رحمة الله عليه^(٨) .

وأما تفسير القسامة ، < وبيان من تجب عليه > :

<فهو > ما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمة الله عليهما أنه قال

(١) في ب : « كتاب » .

(٢) في ح : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٣) « هذا » من ا و ح .

(٤) « بيان » من ا و ح .

(٥) « بيان » ليست في ب .

(٦) في ا و ب و ح : « يوجد به » .

(٧) في ب : « الجراحة » .

(٨) هو الخليفة الراشد . وأمه أم عاصم حفصة بنت عاصم بن عمر بن الخطاب . إلهام بمصر سنة ٦١ هـ . (أو ٦٣) . وبويع بالخلافة حين مات ابن عمه سليمان بن عبد الملك سنة ٩٩ هـ . وتوفي سنة ١٠١ هـ . وعمره ٣٩ سنة ونصف سنة . وقد أجمعوا على جلالته وفضله ووفور علمه وصلاحه وزهده وورعه وعدله (النووي ، التهذيب) .

في القتل يوجد في^(١) المحلة أو في دار رجل في المصر : إن كانت به جراحة ،
أو^(٢) أثر ضرب ، أو أثر خنق - فإن هذا قتل ، وفيه القسامة على عاقلة
رب الدار إذا وجد في الدار ، و^(٣) على عاقلة أهل^(٤) المحلة إذا وجد في المحلة :
يقسم^(٥) خمسون^(٦) رجلا : كل رجل منهم بالله : « ما قتلته ، ولا علمت
له قاتلا » - ثم يغرمون الدية ، في ثلاث سنين ، على أهل الديوان : في
كل سنة الثالث ، مقدار ما يصيب كل واحد منهم ثلاثة دراهم أو أربعة
في ثلاث سنين ، فإن زاد ضموا إليهم أقربهم منهم من القبائل نسبا ،
لاجوارا^(٧) ، فإن نقصوا عن^(٨) خمسين كررت عليهم الأيمان^(٩) .

ثم لا يدخل في القسامة إلا العاقل البالغ الحر^(١٠) . فأما المرأة :
< ف > هل تدخل ؟ ذكر الطحاوي أنه لا يدخل في القسامة إلا رجل
عاقل بالغ حر^(١١) .

(١) « القسامة ماروى ... يوجد في » ليست في ا و ح .

(٢) في ح : « و » .

(٣) في ح و ا : « أو » .

(٤) « أهل » ليست في ا و ح .

(٥) في ا : « يحلف » .

(٦) في الأصل : « خمسين » .

(٧) راجع فيما تقدم ص ١٨٣ - ١٨٦ وخصوصا ص ١٨٥ .

(٨) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « من » .

(٩) « الأيمان » ليست في ا .

(١٠) « الحر » ليست في ب .

(١١) كذا في ا و ح . وفي ب : « ذكر الطحاوي أنها لا تدخل ولا يدخل في القسامة إلا
عاقلا باننا » . وفي الأصل : « ذكر الطحاوي أنه لا يدخل في القسامة إلا رجلا عاقلا باننا » . وفي
مختصر الطحاوي (ص ٢٤٨) : « ولا يدخل فيمن يقسم امرأة ، ولا صبي ، ولا عبد ... الخ » .

وذكر محمد عن أبي حنيفة في القتل يوجب في قرية^(١) امرأة ، لا يكون بها غيرها ، وليس لها عاقلة قريبة - قال : تستحلف^(٢) ، ويكرر عليها الايمان ، وعلى عاقلتها التي هي أقرب القبائل إليها في النسب^(٣) . وقال أبو يوسف : ينظر إلى أقرب القبائل إليها ، وتكون^(٤) القسامة عليهم ، ولا قسامة على المرأة ، لأنها ليست من أهل النصرة ، كالصبي والمجنون والعبد .

وهما يقولان : إن المرأة من أهل الاستحلاف^(٥) في الحقوق ، ومن أهل المشاركة في الدية : فإنها إذا^(٦) قتلت رجلا ، خطأ ، تشارك العاقلة في الدية .

ويدخل في القسامة : الأعمى ، والمحدود في القذف ، والذمي - لأنهم من أهل الاستحلاف^(٧) والنصرة .

ويكون الاختيار في رجال القسامة إلى أولياء القتل ، لأن ذلك حقهم ، ولهم في الاختيار فائدة .

هذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا رحمهم الله .

(١) في ب : « في قرية » - والظاهر أن الصحيح ما في المتن .

(٢) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « يستحلف » .

(٣) في ا و ح : « التي هي أقرب لبيها من النسب » .

(٤) كذا في ب . وفي الأصل : « ويكون » . وفي ا و ح : « يكون » .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل : « الاستحلاف » . وفي ا و ح : « الاستحقاق » .

(٦) « إذا » ساقطة من ح .

(٧) في الأصل و ب : « الاستحلاف » . وفي ا و ح : « الاستحقاق » . وما أبتناه في

المتن مثل ما في الكاساني ، ٧ : ٢٩٥ : ٨ وراجع فيما تقدم الهامش .

وقال مالك والشافعي رحمهما الله : إذا كان هناك لَوْتُ^(١) ، أى علامة القتل من^(٢) واحد بعينه ، أو بينهما عداوة ظاهرة : فإنه يستحلف^(٣) الأُولياءَ خمسين يمينا .

ثم يقتصر من^(٤) المدعى عليه عند مالك^(٥) .

وعند الشافعي : يقضى لهم على المدعى عليه بالدية^(٦) .

ولكن هذا خلاف الأحاديث المشهورة ، وإجماع الصحابة .

ثم إذا وجد القتل في دار رجل ، فالقسامة على رب الدار ، وعلى جيرانه إن كانوا عاقلته ، وإن لم يكونوا : فعلى عاقلته من أهل المصر ، وعليهم الدية^(٧) - كذا ذكر محمد في «الأصل» ، ولم يذكر إذا كانت العاقلة غُيباً^(٨) .

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن القسامة عليه وعلى عاقلته ، غيبا كانوا أو حضورا^(٩) .

(١) في ح : « ارت » . وسيأتى معنى اللوث فيما يلي من المتن .

(٢) في ا و ب و ح : « في » .

(٣) في ا و ح : « يستحلفه » .

(٤) كذا في ب . و « من » ليست في ح و ا . وفي الأصل : « ثم يقضى المدعى عليه » .

(٥) في القوانين الفقهية لابن جزي . (س ٣٤٨) : « ... فيجب بها (أى بالقسامة) القصاص

في العمد والدية في الخطأ » ، وفاقا لابن حنبل . وقال الشافعي وأبو حنيفة : إنما تجب بها الدية ولا يراق بها دم . وقال عمر بن عبد العزيز : لا يجب بها شيء .

(٦) « الباء » من ا و ب و ح . راجع الهامش السابق .

(٧) « الدية » من ا و ب و ح . راجع فيما تقدم الهامش .

(٨) في ا : « غُيباً » . وكلاما صحيحا لغة فنائب تجمع على « غُيب » و « غُيبَاب »

و « غُيب » (المصباح) .

(٩) في ح : « حضرا » .

وعلى قول أبي يوسف : لاقسامة على العاقلة^(١).

وذكر الكرخي : إن كانت العاقلة حاضرة^(٢) في المصر ، دخلوا في القسامة . وإن كانت غائبة ، فالقسامة على صاحب الدار : يكرر عليه الأيمان ، والدية عليه وعلى العاقلة^(٣).

ثم القسامة والدية على الأقرب فالأقرب من عاقلة^(٤) من وجد فيهم القتل : قرب الدار وقومه أخص ، ثم أهل المحلة ، ثم أهل المصر . وكذلك القبائل : الأقرب فالأقرب^(٥) . وإن كانت المحلة فيها من قبائل شتى ، فإن الدية والقسامة على أهل الحطة . وليس على المشتري شيء عند أبي حنيفة^(٦) ومحمد : لاقسامة ولا دية ، مابقي واحد من أهل الحطة^(٧) . وعلى قول أبي يوسف : على أهل^(٨) الحطة والمشتريين جميعا . وقيل : إنما أجاب أبو حنيفة على عادة أهل الكوفة : فإن أهل الحطة هم الذين يدبرون أمر المحلة . وأبو يوسف بنى على عادة أهل^(٩) زمانه : أن^(١٠) التدبير إلى

(١) في أ : « عاقلته » . وفي ح : « عاقلة » .

(٢) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « حاضرا » .

(٣) في أ و ح : « عاقلته » .

(٤) في ب : « عاقلته » .

(٥) « فالأقرب » من أ و ب و ح .

(٦) في أ : « وليس على المشتريين شيء على قول أبي حنيفة .. » .

(٧) « وليس على المشتري ... الحطة » ليست في ح . وأهل الحطة هم من اختط لهم

عند استيلاء المسلمين على الأرض (راجع المغرب) .

(٨) « أهل » ليست في ب .

(٩) « أهل » من أ و ح .

(١٠) « أن » من أ و ح .

الأشراف، من أهل الحطة^(١) كانوا أو لا . وأما إذا لم يكن فى المحلة أحد ، من أهل الحطة ، وفيها ملاك وسكان : فعند أبى حنيفة ومحمد : على الملاك ، دون السكان .

وقال أبو يوسف : عليهم جميعا .

ولو وجد القتل فى السوق : فعند أبى حنيفة ومحمد^(٢) : على أربابها . وعند أبى يوسف : على سكانها . وإن كانت السوق للعامة أو للسلطان : فالدية فى^(٣) بيت المال .

ولو وجد فى المسجد الجامع ، أو الجسور العامة ، أو النهر العام كدجلة والفرات ، فالدية فى^(٤) بيت المال ، ولا قسامة على^(٥) أحد . فأما فى^(٦) النهر الخاص ، الذى يقضى فيه^(٧) بالشفعة للشريك^(٨) : فعلى عاقلة أرباب النهر .

ولو وجد فى السجن ، ولا يعرف^(٩) من قتله : فعند أبى حنيفة ومحمد :

(١) « هم الذين يدبرون ... أهل الحطة » ليست فى ب . راجع الهامش ٧ ص ٢٠٤ .

(٢) فى ب : « واو وجد القتل فى السوق : فعند أبى حنيفة ومحمد : على الملاك دون السكان .

وقال أبو يوسف عليهم جميعا . واو وجد القتل فى السوق : فعند أبى حنيفة ومحمد . الخ » والظاهر أن الناسخ فى ب أعاد عجز العبارة السابقة وما يليها .

(٣) « فالدية فى » من ا و ب و ح . وفى الأصل : « فى » .

(٤) فى ا : « على » .

(٥) « على » ليست فى ب و ح .

(٦) « فى » ليست فى ا و ب و ح .

(٧) « فيه » ليست فى ب .

(٨) فى ا و ح : « الشريك » .

(٩) فى ب : « لا يعرف » . وفى ا و ح : « ولا يعلم » .

وتكون ميراثا لهم لو^(١) فضل من ديته^(٢) عند أبي حنيفة رضى الله عنه ،
وعندهما : لاشئ فيه ، وهو هدر - وبه أخذ زفر . وروى أبو يوسف
عن أبي حنيفة ، مثله - لأن وجود القتل^(٣) في الدار ، بمنزلة مباشرة
القتل^(٤) من صاحبها ، فإذا وجد القتل في دار نفسه ، فيصير كأنه قتل
نفسه^(٥) . وأبو حنيفة يقول : إن المعتبر ، في^(٦) القسامة والدية ، حال ظهور
القتل ، بدليل أن من مات قبل ذلك ، لا يدخل في الدية ، وحال ظهور
القتل^(٧) ، الدار للورثة ، فيكون عليهم وعلى عاقلتهم ، كمن^(٨) وجد
قتيلا في دار ابنه ، أو بئرا حفرها ابنه : أليس أن^(٩) القسامة والدية على ابنه
وعواقله^(١٠) ؟ - كذا هذا^(١١) .

ثم يثبت الميراث ، له ، بعد ما صار للمقتول ، حتى يقضى دينه^(١٢) ،
فما^(١٣) فضل يكون للورثة ، بسبب القرابة - والله أعلم .

(١) في ا : « ولو » .

(٢) أى بعد التجهيز والديون والوصايا . انظر ما سبلى في المتن .

(٣) في ا و ح : « القتل » .

(٤) « القتل » ليست في ا و ح .

(٥) في ا : « بنفسه » .

(٦) في ح : « و » .

(٧) « القتل » ليست في ب .

(٨) في ب : « فن » .

(٩) « أن » ليست في ا و ح .

(١٠) في ح : « وعاقلته » وفي ا : « وعلى عاقلته » .

(١١) في ا و ح : « فكذا هذا » وليست في ب .

(١٢) كذا في ب . وفي الاصل : « ديته » وهذه الكلمة ليست في ا و ح .

(١٣) في ح : « فما » .

هذا الذى ذكرنا إذا لم يدع الأ ولياء على رجل ، بعينه ، من أهل المحلة .
فأما إذا ادعوا^(١) على رجل بعينه : فالقسامة ، والدية ، بحالهما^(٢) - فى
جواب ظاهر الرواية .

وروى عبد الله بن المبارك^(٣) عن أبي حنيفة ومحمد : أنه يسقط .
وقال أبو يوسف : القياس^(٤) أنه يسقط ، وفى الاستحسان أنه
لا يسقط ، للأثر .

وجه ظاهر الرواية أن الظاهر أن القاتل أحد أهل المحلة ، والولى
هكذا^(٥) يدعى ، إلا أنه عين ، وهو متهم فى التعيين ، فلا يعتبر .
فأما إذا ادعى الولى القتل^(٦) على رجل من غيرهم ، < ف > يكون
إبراء لهم عن القسامة ، والدية - لأنه نفى^(٧) القتل عنهم ، بدعواه
على غيرهم .

ولو شهد اثنان ، من أهل المحلة ، للولى ، بهذه الدعوى : لم تقبل
شهادتهما ، فى قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : تقبل - وإنما قال
أبو حنيفة هذا لأن أهل^(٨) المحلة صاروا خصما فى هذه الدعوى ، فلا

(١) كذا فى اوب و ح . وفى الاصل : « ادعى » .

(٢) كذا فى اوب و ح . وفى الاصل : « بحالهما » .

(٣) راجع ترجمته فى الهامش ٢ ص ٤٨٢ من الجزء الاول .

(٤) « القياس » من اوب و ح .

(٥) « هكذا » ليست فى ا و ح .

(٦) فى ا و ح : « بالقتل » .

(٧) فى ا : « ينفى » . وفى ح : « يبقى » وهو تصحيف .

(٨) كذا فى اوب و ح . وفى الاصل كذا : « لاهل » .

تقبل شهادتهم . وإن خرجوا عن الخصومة ، بالإبراء ، كالوكيل إذا
 خاصم^(١) ثم عزل فشهد^(٢) : لا تقبل شهادته^(٣) - كذا هذا .
 وكذا لو ادعى الأولياء ، القتل^(٤) ، على واحد من أهل المحلة ، بعينه ،
 فشهد شاهدان من أهل المحلة عليه : لم تقبل شهادتهما ، بالاتفاق ، لأن
 الخصومة قائمة عليهم ، بعد هذه الدعوى ، على ما بينا ، فتكون هذه
 شهادة لا أنفسهم^(٥) ، فلا تقبل^(٦) .

(١) في ح : « خصم » .

(٢) في ا و ح : « وشهد » .

(٣) « شهادته » من ا و ح .

(٤) في ا و ح : « أولياء القتل » . وفي ب كذا : « كذا هذا - اودع الأولياء القتل » .

(٥) في ح كذا : « لا يقسم » .

(٦) زاد في ت : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب الحدود

جمع^(١) في هذا^(٢) الكتاب بين حد الزنا وحد القذف ، وبين
التعزير - فيحتاج إلى :

بيان سبب وجوب كل واحد منها^(٣) ،

وإلى بيان شرائط الوجوب ،

وإلى بيان كيفية الحد ، ومقداره^(٤) .

أما حد الزنا

فنوعان : الرجم ، والجلد مائة .

وسبب وجوبهما جميعا هو الزنا ، إلا أن لوجوب الرجم شرائط :

إذا وجد الكل يجب ، وإلا فيجب الجلد .

ولو أسقط^(٥) الجلد للشبهة^(٦) ، يجب العقْر^(٧) ، إذ الزنا ، في دار

الإسلام ، لا يخلو عن عقوبة ، أو غرامة .

(١) في ح و ا : « قال رحمه الله : جمع » . ولكن في ح : « جميع » بدلا من « جمع » .
والظاهر لنا أن المقصود هو محمد بن الحسن الشيباني (راجع الكاساني ، ٧ : ٣٣ . والجامع
الصغير لمحمد ، ٦٤ - ٧٠ . والسرخسي ، مبسوط ، ٩ : ٣٦) . وانظر فيما بعد الهامش ٢ ص ٢٣٣ .

(٢) « هذا » من ا و ح . والظاهر لنا أن المقصود « كتاب الحدود » - أي جمع محمد
في كتاب الحدود ... الخ - راجع الهامش السابق والمراجع المذكورة فيه .

(٣) في ا و ب و ح : « منها » . (٤) في ا و ح : « الحدود ومقدارها » .

(٥) في ا و ب و ح : « وإذا سقط » (٦) في ا : « لشبهة » . انظر الصفحة التالية .

(٧) العقْر صدق المرأة إذا وطئت بشبهة (المغرب) .

فذكر :

الزنا الموجب للعقد ،
وشرائط وجوب الرجم ،
وطريق ثبوته عند القاضي .

أما الزنا :

فهو : الوطء ، الحرام ، الخالي عن حقيقة الملك ، وحقيقة النكاح ،
وعن شبهة الملك ، وعن شبهة النكاح ، وعن شبهة الاشتباه أيضا .
أما الوطء ففعل معلوم ، وهو إيلاج ثرج الرجل في ^(١) فرج المرأة .
وإنما شرطنا كونه حراما فإن وطء المجنون ووطء الصبي الماقل ،
لا يكون زنا ، لأن فعلهما لا يوصف بالحرمة .

وكذلك الوطء في الملك والنكاح ، وإن كان حراما ، لا يكون
زنا ، كوطء الحائض ، والنفساء ، ووطء الجارية المجوسية ، والأخت من
الرضاع ، والجارية المشتركة ، ونحوه .

وقوله الخالي عن شبهة الملك ، فإن وطئ جارية ابنه ، وجارية مكاتبه ،
وجارية عبده المأذون المديون ^(٢) ، والجارية من المغنم ^(٣) في دار الحرب ،
أو بعد الإحراز قبل القسمة ^(٤) ، <ف> ليس بزنا ، فإن شبهة الملك ، وهو

(١) « في » من ا و ب . وليست في الأصل . وفي ح : « إلى » .

(٢) في ب : « والمديون » .

(٣) « من المغنم » ليست في ا و ح .

(٤) « قبل القسمة » من ح و ا .

الملك من وجهه ، ثابت في هذه المواضع ^(١) ، حتى لا يجب الحد ، وإن قال : « علمت أنها على ^(٢) حرام » .

وقولنا عن ^(٣) شبهة العقد ، فإن وطء امرأة زوجها ^(٤) بغير شهود ، أو أمة تزوجت ^(٥) بغير إذن مولاهها ، أو عبد ^(٦) تزوج بغير إذن مولاه - لا يكون زنا .

وكذا من تزوج أمة على حرة ، أو تزوج مجوسية ، أو خمسا في عقد ^(٧) ، أو جمع بين أختين ، أو تزوج من ^(٨) محارمه - فوطئها ، وقال : « علمت أنها على حرام » : لا حد عليه عند أبي حنيفة ، وعندهما : يجب الحد في كل وطء ، حرام على التأييد : فوجود الزوج ^(٩) فيه لا يوجب شبهة ، وما ليس بحرام على التأييد ^(١٠) ، فالعقد ^(١١) يوجب شبهة ، كالشكاح بغير شهود ونحوه - والمسألة معروفة ^(١٢) .

(١) ن : « في هذا الموضع » . وفي أ : « فإن شبهة الملك موجود والملك ثابت من وجه في هذه المواضع » .

(٢) « على » من أ و ح .

(٣) « عن » من أ و ح .

(٤) في ح كرر : « امرأة » فقها : « امرأة زوجها امرأة » .

(٥) في أ و ح : « تزوجها » .

(٦) في أ و ح : « العبد » .

(٧) كذا في ب . وفي الأصل و أ : « في عقدة » . وفي ح : « بقعدة » .

(٨) « من » من أ و ح . وفي ب : « تزوج بجارية » .

(٩) « التزوج » ليست في أ و ح . وفي ب : « التزويج منه » .

(١٠) في أ : « على التأييد لا يجب الحد » . وانظر الهامش بعد التالي .

(١١) كذا في ب . وفي الأصل : « والعقد » . وانظر الهامش التالي .

(١٢) « فالعقد ... معروفة » ليست في أ و ح .

وأما شبهة الاشتباه - وهى ^(١) أنه إذا وطئ، فيقال ^(٢) « ظننت أنها تحلى » - لا يجب الحد. وإذا قال « علمت أنها على ^(٣) حرام » - فإنه يحمد. وجملة هذا أن دعوى الاشتباه معتبرة فى سبع: <ة> مواضع: جارية الأب، وجارية الأم، وجارية الزوجة، و ^(٤) المطلقة ثلاثاً مادامت فى العدة ^(٥)، وأم الولد مادامت تعتد ^(٦) منه، والعبد إذا وطئ جارية مولاه، والجارية المرهونة فى رواية كتاب الرهن. وفى أربع: <ة> مواضع لا يحمد، وإن قال « علمت أنها على ^(٧) حرام »: جارية الابن وإن سفل ^(٨)، والجارية المبيعة ^(٩) إذا وطئها البائع قبل القبض، والجارية المتزوج ^(١٠) عليها إذا كانت فى يد الزوج، والمطلقة طلاقاً بائناً، والجارية بين الشريكين.

وفى ما سوى ما ذكرنا يجب الحد، ولا يعتبر شبهة الاشتباه. ومن وجد على فراشه، أو فى ^(١١) بيته، امرأة، فوطئها، وقال « ظننت أنها جاريتى » أو « امرأتى » - يحمد، لأنه لا يحل له الوطء مع الاشتباه.

(١) كذا فى اوب و ح. وفى الأصل: « وهو ».

(٢) فى اوب و ح: « وقال ».

(٣) « على » ليست فى ب.

(٤) « و » ليست فى ب.

(٥) كذا فى اوب و ح. وفى الأصل: « فى العدة ».

(٦) كذا فى اوب و ح. وفى الأصل: « تعد ».

(٧) « على » ليست فى ب.

(٨) كذا فى اوب. وفى الأصل و ح: « سفوا ».

(٩) « المبيعة » ليست فى ا و ح.

(١٠) كذا فى ب. وفى الأصل: « المتزوجة ». وفى ا و ح كذا: « تزوج عليها ».

(١١) « فى » ليست فى ح.

فأما الاثمى إذا وجد على فراشه امرأة، فوطئها، فكذلك الجواب عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال زفر : لا يجب عليه ^(١) الحلد ، كما فى المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها ^(٢) . وقال محمد : إذا دعا ^(٣) الزوج ^(٤) الاثمى امرأته ، فأجابته امرأة ^(٥) فقالت ^(٦) « أنا » ^(٧) فلانة امرأتك « - فوطئها ، لاحد عليه . فأما إذا أجابته ولم تقل « أنا » ^(٨) فلانة « - يجب الحلد ، لأنه ^(٩) فى وسعه ^(١٠) أن يتفحص أكثر من هذا ، فلا يصير شبهة ، فيجب الحلد .
وأما شرائط ^(١١) وجوب الرجم :

<ف> أن يكونا محصنين .

والإحصان عندنا عبارة عن استجماع سبعة أشياء : الباوع ، والعقل ، والإسلام ، والحرية ، والنكاح الصحيح ، والدخول على وجه يوجب الغسل ، من غير إنزال ^(١٢) ، وهما على ^(١٣) صفة الإحصان ^(١٤) .

(١) « عليه » من ا و ح .

(٢) « زوجها » ليست فى ح . وفى ا : « لى بيته » .

(٣) فى ح و ب : « ادعى » .

(٤) « الزوج » ليست فى ا و ح .

(٥) و (٦) فى ح و ا : « امرأة أخرى وقالت » . وفى ب : « وقالت » .

(٧) « أنا » ليست فى ح .

(٨) « أنا » ليست فى ح .

(٩) فى ب : « لأن » .

(١٠) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل كذا : « لأنه من وسيمه » .

(١١) فى ا : « شرط » . وفى ح : « شروط » .

(١٢) « المعتبر ليلاج الحشفة بحيث يجب عليه الغسل ولا يشترط الإنزال » الزيلعى ،

٣ : ١٧٢ . وانظر ح ١ ص ٤٧ من التحفة .

(١٣) « وهما على » ليست فى ح . انظر المامش التالى .

(١٤) « وهما على صفة الإحصان » ليست فى ا - أى يشترط لإحصانها حالة الدخول

(الزيلعى ، ٣ : ١٧٢) .

وروى عن أبي يوسف أن الأئمة ليس بشرط - وهو قول الشافعى .
وكذا روى عنه : أنه لا يعتبر الدخول بها و^(١) هما على صفة الأئمة حصان -
حتى قال : إن المسلم إذا وطئ الكافرة صار بها محصنا .
وإذا وجد الوطء قبل الحرية ، ثم أعتقا ، صارا محصنين بالوطء المتقدم -
والمسألة معروفة .

فإذا فات شرط من شرائط الأئمة حصان ، يجب الجلد لا الرجم^(٢) ،
لقوله تعالى : « فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة »^(٣) .

ولا يجمع بين الجلد والرجم ، بالاتفاق .
واختلفوا فى الجمع بين الجلد والتغريب^(٤) : فقال^(٥) أصحابنا رحمهم الله :
لا يجمع . وقال الشافعى : يجمع - والمسألة معروفة .
فأما طريق بؤته عند القاضى :

فشيئان : البينة ، والأقرار .

أما مشاهدة القاضى الزنا ، فى حالة^(٦) القضاء أو قبل القضاء ، فلا^(٧)

(١) الواو من ا و ب و ح .

(٢) « الجلد لا الرجم » من ا . وفى ح : « الجلد » فقط . وفى الاصل : « الحد » .
وفى ب تشبه أن تكون : « الحد » .

(٣) النور : ٢ والآية : « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ، ولا تأخذكم
بها رافة فى دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين .

(٤) فى ا و ح : « والتعزير » .

(٥) القاء من ب .

(٦) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « فى الزنا حالة » .

(٧) القاء من ب .

يعتبر في حق الحدود ، بالإجماع ، وإن كان بين العلماء اختلاف في غيرها^(١) من الأحكام .

أما البينة - فشهادة أربعة رجال ، عدول ، أحرار ، مسلمين ، على الزنا . ولا تقبل فيها شهادة النساء^(٢) ، مع الرجال^(٣) ، بلا خلاف .
وأما الإحصان : فيثبت^(٤) بشهادة الرجال مع النساء^(٥) ، عندنا - خلافا لرفر .

وأما الإقرار - فهو^(٦) أن يقر^(٧) المقر^(٨) ، أربع مرات ، بالزنا ، عند الإمام ، في أربعة^(٩) مواطن ، عندنا - خلافا للشافعي .
وينبغي للإمام ، إذا جاء الرجل وأقر بالزنا ، أن يرجره عن^(١٠) الإقرار ، ويظهر الكراهية^(١١) من ذلك ، ويأمر بتنحيته عن المجلس^(١٢) - فإن عاد ثانيا ، فعل به مثل ذلك^(١٣) . وإن عاد ثالثا^(١٤) ، فعل به

-
- (١) في ا و ح : « في غيرها » .
(٢) في اسقطت النون من « النساء » حتى بدت مع ما بعدها هكذا : « السامع الرجال » .
(٣) « الرجال » ساقطة من ح .
(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « أما الإحصان يثبت » .
(٥) في ا و ب و ح : « النساء مع الرجال » .
(٦) « فهو » من ا و ح . وفي ب : « وهو » .
(٧) في ا و ح : « أن يقول أو يقر » .
(٨) « المقر » ليست في ا .
(٩) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « في أربع » .
(١٠) في ب : « على » .
(١١) في ا : « الكراهية » - وتقلب ذلك في ب .
(١٢) في ا و ب و ح : « مجلسه » .
(١٣) في ا : « مثل ما فعل ذلك » .
(١٤) في ح : « بالثالث » . وانظر الهامش بعد التالي .

مثل^(١) ذلك^(٢) .

فإذا أقر ، أربع مرات ، نظر في حاله : هل هو صحيح العقل ، وأنه
ممن يجوز إقراره^(٣) على نفسه ؟ فإذا عرف ذلك ، سأله عن الزنا : ماهو ؟
وكيف زنى^(٤) ؟ وبمن زنى ؟ ومتى زنى^(٥) ؟ وأين زنى ؟ لاحتمال^(٦)
الشبهة في ذلك .

فإذا بين ذلك ، سأله : هل هو محصن ؟ فإن قال : هو محصن ،
سأله عن الإحصان : ماهو ؟ فإن فسرهُ ، ووصفه بشرائطه^(٧) : حكم
عليه بالرجم ، وأمر بإقامته عليه .

ويعتبر اختلاف مجلس المقر ، لا اختلاف مجلس القاضى ، حتى إن
القاضى إذا كان في مجلسه ، فأقر الزانى أربع مرات ، فى أربعة <ة>
مجالس من مجالس المقر^(٨) ، يقام عليه الحد ، سواء تقدم العهد^(٩) أو لا^(١٠) .
وإنما يعتبر التقدم مانعاً فى^(١١) الشهادة : إذا شهدوا^(١٢) بعد تقدم العهد :

(١) « مثل » من ا و ح . وانظر الهامش التالى .

(٢) « فإن عاد ثانياً ... ذلك » ليست فى ب .

(٣) فى ب : « الإقرار » .

(٤) فى ب : « وكيف هو » .

(٥) « ومتى زنى » من ب .

(٦) فى ا و ب و ح : « لاحتمال » .

(٧) الماء من ا و ب و ح .

(٨) « من مجالس المقر » من ا و ح .

(٩) فى ا و ح : « الحد » .

(١٠) فى ح : « أم إلا » . وفى ا : « أم لا » .

(١١) فى ا و ب و ح : « من » .

(١٢) فى ح : « فإذا شهد » . وفى ا : « إذا شهد » .

لا تقبل - لأجل التهمة ، ولا تهمة في الإقرار .

ولو أقر ، بالزنا ، عند غير الإمام ، أو ^(١) عند من ليس له ولاية إقامة الحد ، أربع مرات - فإنه ^(٢) لا يعتبر ، حتى إنه ^(٣) لو شهد الشهود ، على إقراره ، أربع مرات ، في مجالس مختلفة ، في حضرة من ليس له ولاية إقامة الحد .. فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة ^(٤) ، لأن الزاني ، إن كان منكراً ^(٥) ، فقد رجع عن الإقرار ، وإن كان مقراً ، فلا ^(٦) عبرة لشهادة ^(٧) مع الإقرار .

ولو أنه إذا أقر أربع مرات ، عند القاضي ، ثم رجع ، بعد الحكم بالرجم ، أو قبله ، أو رجع ، بعدما رجم ، قبل الموت إن كان محصناً ، أو بعد ما ضرب بعض الجلد إذا لم يكن محصناً ، أو ^(٨) هرب ، فإنه يدرأ الحد عنه ، لأن النبي عليه السلام لقن ماعزاً ^(٩) ، الرجوع ، حين أقر بين يديه بالزنا : « لعلك مسستها ! لعلك قبلتها ! فلو ^(١٠) لم يصح الرجوع ، لم يكن لهذا التلقين فائدة .

(١) الهمة من ا .

(٢) « فإنه » ليست في ا و ح .

(٣) « أنه » من ا . وفي ح : « حتى إن » .

(٤) « الشهادة » ليست في ا .

(٥) في ا : « لأن الزاني إذا أنكر » . وفي ح : « لأن الزاني أنكر » .

(٦) في ح : « ولا » .

(٧) في ب : « للشهادة » . وفي ح : « الشهادة » . وفي ا : « لهذه الشهادة » .

(٨) في ح : « و » .

(٩) هو ماعز بن مالك الأسلمي الصحابي المقترف بالزنا المرجوم ، وهو محدود في المدينة . وكتب له رسول الله صلى الله عليه وسلم كتاباً بإسلام قومه . وروى عنه ابنه عبد الله حديثاً واحداً رحمه الله (النووي ، التهذيب) .

(١٠) الفاء من ا و ح . وفي ب : « أو » .

ثم إذا ثبت وجوب الرجم ، بالشهادة ، فالقاضي يأمر الشهود أولاً بالرجم ، فإذا رجحوا^(١) ، رجم الإمام بعدهم ، ثم الناس .
وقال الشافعى : البِدَاءُ^(٢) بالشهود^(٣) ليس بشرط .
فإن امتنع الشهود أو بعضهم عن الرجم سقط الرجم^(٤) فى قول أبى حنيفة ومحمد^(٥) ، وفى^(٦) إحدى الروايتين عن أبى يوسف ، لأن امتناعهم عن الرجم أورث^(٧) شبهة الكذب فى شهادتهم .
وفى الجلد لا يؤمر الشهود به^(٨) ، لأن كل واحد لا يعرف الجلد على وجهه .

ولو جن الشهود أو خرسوا ، أو عموا ، أو ارتدوا ، أو ماتوا - سقط الحد ، لما قلنا .

. . .

ثم ينصب^(٩) الرجل قائماً ، ولا يربط بشيء ، ولا يحفر له حفيرة^(١٠) ،

-
- (١) فى ا و ح : « رجوه » .
(٢) فى الاصل و ب : « البداية » وقد قدمنا (ح ا ص ١٧ هامش ٩) أن « البداية » خطأ والصحيح « البِدَاء » . وفى ح : « البداية فى الرجم » . وفى ا : « البداية من الرجم » .
(٣) كذا فى ا و ب . وفى ح : « بالشهادة » . وفى الاصل : « بالإمام » .
(٤) فى ا : « فإن امتنع الشهود عن البداية بالرجم أو بعضهم سقط الرجم » . وفى ح مثل ما فى ا .
إلا أنه فى ح قال : « وبعضهم سقط الرجم » .
(٥) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « عندهما » .
(٦) « فى » من ا و ح .
(٧) فى ح سقطت الراء .
(٨) فى ا و ح : « بالبداية » .
(٩) فى ا و ح : « يحد » .
(١٠) فى ب : « حفرة » .

لأنه ربما يفر ، فيكون دلالة الرجوع . وفى المرأة يحفر لها حفيرة ، للستر ، وفى رواية : لا بأس بترك الحفر^(١) .

فأما فى الجلد فإنه يقام الرجل^(٢) ، وتضرب^(٣) المرأة قاعدة ، وينزع عن^(٤) الرجل ثيابه ، إلا الإزار^(٥) فى الزانى^(٦) ، وفى التعزير ، ولا ينزع فى القاذف^(٧) إلا الفرو والحشو ، وفى الشارب^(٨) روايتان ، وأشهرهما أنه يجرّد .

فالْحاصل أن أشد الضرب هو التعزير ، ثم الجلد فى الزنا ، ثم فى الشرب ، ثم فى القذف .

وفى المرأة لا ينزع الثياب ، إلا الفرو والحشو ، لأن كشف^(٩) العورة حرام ، والزجر واجب^(١٠) .

ويضرب الحد فى الأعضاء كلها متفرقا^(١١) إلا فى^(١٢) العضو الذى

(١) فى ب : « الحفرة » . وفى ا و ح : « الحفيرة » .

(٢) فى ا و ح : « فإنه يجلد الرجل قائما » .

(٣) « وتضرب » ليست فى ا و ح .

(٤) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « من » .

(٥) فى ح : « الإزار » .

(٦) فى ا و ح : « فى الزنا » .

(٧) فى ا و ح : « فى القذف » .

(٨) فى ا : « وفى حد الخمر » .

(٩) « ثم فى الشرب ... كشف » ليست فى ا و ح .

(١٠) فى ا تحريف : « ثم الستر حرام والأجر واجب » .

(١١) « متفرقا » ليست فى ا و ح .

(١٢) « فى » ليست فى ا و ح .

هو مقتل^(١) ، وهو^(٢) الرأس والوجه والصدر والبطن والمذاكير^(٣) - وهذا في حق الصحيح .

فأما المريض فلا < يجلد >^(٤) حتى يبرأ . وكذا الحامل حتى تضع حملها^(٥) ، وتخرج عن النفاس ، لأن النفاس مرض ، بخلاف الحيض . فأما الرجم فيقام^(٦) في الأحوال كلها ، إلا في الحامل ، لأنه لا جناية من الحمل .

ولا تقام الحدود في المسجد^(٧) ، وإنما تقام في موضع يشاهده^(٨) الإمام ، أو يبعث أمينه حتى يقام بين يديه .

وإذا مات المرجوم ، يدفع إلى أهله حتى يغسلوه ، ويكفنوه ، ويصلوا عليه - هكذا قال النبي^(٩) عليه السلام في ما عز^(١٠) : « اصنعوا^(١١) به ما تصنعون بموتاكم » .

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « مقل » .

(٢) في ب : « وفي » .

(٣) في المغرب : « قطع مذاكيره إذا استأصل ذكره - وإنما جمع على ما حوله كقولهم شابت مفارق رأسه » .

(٤) في الأصل و ا و ب و ح : « فلا يحد » . والصحيح « فلا يجلد » - ففي الكنز : « والمريض يرمي ولا يجلد حتى يبرأ » (انظر الزيامي ، ٣ : ١٧٤) - وانظر ما سبلي في المتن .

(٥) « حملا » من ا و ح .

(٦) الفاء من ب .

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « في المجلس » .

(٨) في ب : « يشاهد » . وفي ا و ح : « بشهادة » .

(٩) « النبي » من ا و ح .

(١٠) راجع فيما تقدم الهامش ٩ س ٢١٩ .

(١١) في ح : « صنعوا » .

وأما حد القذف

فيحتاج إلى :

بيان^(١) كيفيته . وبيان مقداره ،

وإلى تفسير القذف الموجب للحد ،

وإلى بيان شرائطه ،

وإلى بيان أحكامه .

أما الأول :

فحد القذف مقدر بثمانين^(٢) سوطا ، لقوله تعالى : « فاجلدوهم ثمانين
جلدة »^(٣) .

وأما تفسير القذف :

فهو^(٤) نوعان :

أحدهما - أن يقذفه بصريح الزنا ، الخالي عن شبهة الزنا^(٥) الذي^(٦) لو
أقام^(٧) عليه أربعة من الشهود أو^(٨) أقربيه^(٩) المَقْدُوف^(١٠) - يجب عليه

(١) « بيان » من ا و ب و ح .

(٢) في ا : « مقدر وهو ثمانون » . وفي ب : « مقدار ثمانين » .

(٣) النور : ٤ والآية : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم

ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون » .

(٤) فهو « ليست في ا و ح .

(٥) في ا و ب و ح : « عن الشبهة » . راجع فيما تقدم ص ٢١٢ وما بعدها .

(٦) « الذي » من ا و ح . وفي ب : « التي » .

(٧) في ا و ح : « أقام » .

(٨) الهمة من ا و ح .

(٩) « به » ليست في ب .

(١٠) في ا و ح : « مقر » .

حد الزنا . فإذا عجز القاذف عن إثباته بالحجة^(١) ، فينعتد^(٢) سبباً لوجوب^(٣) حد القذف .

والثاني - أن ينفي^(٤) نسب إنسان ، من^(٥) أبيه المعروف ، فيقول « لست بابن فلان »^(٦) أو « هو ليس بأبيك » فهو قاذف لأمه ، كأنه قال : « أمك زانية » أو « زنت أمك » .

ولو قال : « يا ابن الزاني » أو « يا ابن الزانية » - يكون قاذفاً .
ولو قال : « لست^(٧) لأُمك » لا يكون قذفاً^(٨) و^(٩) .

ولو قال « أنت ابن فلان » لعمه ، أو خاله ، أو لزوج أمه ، في غير حال الغضب - لا يكون قذفاً^(١٠) ، لأنه ينسب إليه في^(١١) العرف .
وإن كان في حال الغضب ، على سبيل^(١٢) الشتم ، يكون قذفاً .
ولو قال لرجل « يا زانية » - لا يجب الحد^(١٣) عند أبي حنيفة وأبي

(١) في ا و ح : « عن إقامة الحجة » .

(٢) الفاء من ب .

(٣) في ا : « لوجود » .

(٤) في ح : « يتقى » .

(٥) في ا و ح : « عن » .

(٦) في ا و ح : « يا ابن فلان » - و « لست » ليست فيها .

(٧) في ح : « لست » .

(٨) في ح و ب : « قاذفاً » .

(٩) « ولو قال : لست ... قذفاً » ليست في ا .

(١٠) « ولو قال ... قذفاً » ليست في ح . وفي ب و ح : « لا يكون قاذفاً » .

(١١) في ا و ح : « لأنه قد ينسب في العرف » .

(١٢) في ا و ب و ح : « على طريق » .

(١٣) في ا و ح : « لا يحسد » .

يوسف ، خلافاً لمحمد (١) .

ولو قال لامرأته « يازانى » - يحد ، بالاجتماع .

ولو قال « يازانى » بالهمزة ، وعنى به الصعود - يحد ، لأن العامة لا تعرف هذا .

ولو قال « زنأت فى الجبل » وعنى به الصعود : < ف > عند أبى حنيفة وأبى يوسف : يحد ، لما قلنا - خلافاً لمحمد .

ولو قال « زنأت على الجبل » - يحد ، بالاجتماع ، لأنه لا يستعمل لفظه (٢) على الصعود .

وأما الشرائط :

فشرط وجوب الحد أن يكون المقدوف محصناً .

وشرائط إحصان حد القذف خمسة : العقل ، والبلوغ ، والحرية ، والإسلام ، والعفة عن الزنا .

وأما شرط (٣) ظهور حد القذف ، عند القاضى ، بالبيينة أو بالإقرار - < ف > هو خصومة (٤) المقدوف ، ومطالبته ، وحضرته (٥) عند الإقامة ، لأن فيه حق العبد ، وحق العبد لا يثبت إلا بمطالبته وخصومته .

(١) « عند أبى حنيفة ... لمحمد » ليست فى ا و ح .

(٢) كذا فى ب . وفى ا : « لا يستعمل لفظه » . وفى الاصل : « تلفظه » . وفى ح : « لا يستعمل بلفظه » .

(٣) فى ب و ح : « شرائط » .

(٤) فى ح : « وخصومة » . وفى ا : « وخصومة » .

(٥) فى ا و ح : « فطالبته وخصومته » .

ثم حق الخصومة والطلب ، المقذوف ، إذا كان حيا ، سواء كان حاضرا أو غائبا ، وليس لأحد حق الخصومة^(١) إلا بإنيابته عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف^(٢) : لا تصح وكالة في حد ولا قصاص^(٣) .

وأجمعوا أنه لا يصح الوكالة في استيفاء الحدود والقصاص ، وغنوا بهذا أنه لا بد من^(٤) حضرة المقذوف ، وحضرة ولي القصاص - للاستيفاء^(٥) . فأما إذا حضرا^(٦) : ففى حد القذف : الاستيفاء^(٧) إلى الإمام ، وفي القصاص : إلى الولي . لكن إذا وكل إنسانا^(٨) بالاستيفاء ، بين يديه ، لمجزه وضعف قلبه - جاز ، بالإجماع .

ولو أنه طلب المقذوف الحد ، وخاصم ، بين^(٩) يدي القاضي ، وحكم القاضي به ، ثم مات ، أو مات قبل أن يطالب ، أو مات بعد ما ضرب بعض الحد - بطل الحد وبطل ما بقي ، وإن كان سوطا واحدا ، ولا تبطل شهادة المقذوف - وهذا عندنا .

وعند الشافعي : يقوم الوارث مقامه ، في الخصومة ، والحضرة .

(١) « والطلب للمقذوف ... حق الخصومة » ليست في ح .

(٢) في ا و ب و ح : « وقال أبو يوسف » .

(٣) زاد هنا في ب : « وأجمعوا أنه لا يصح وكالة في حد ولا قصاص » - والظاهر حصول

تكرار من الناسخ : انظر مايلي في المتن .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « عن » .

(٥) « الاستيفاء » ليست في ا و ب و ح .

(٦) كذا في ب . وفي الأصل : « حضروا » . وفي ا و ح : « حضر » .

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « في حد القذف فالاستيفاء » .

(٨) « إنسانا » ليست في ح .

(٩) في ا و ح : « فلو أنه إذا طالب المقذوف الحد وجاءوا به بين » . وفي ب : « فلو

أنه إذا طالب المقذوف بالحد وخاصم بين » .

فالحاصل أن المغالب في حد القذف حق الله تعالى عندنا^(١) . وعنده :
المغالب^(٢) حق العبد - فلا يورث عندنا ، خلافا له .

وعلى هذا : لا يصح الصلح ، والعفو من المقدوف ، عندنا - خلافا له ،
والمسألة معروفة^(٣) .

هذا إذا قذفه في حال الحياة^(٤) . فأما إذا قذفه ، بعد الموت ، بالزنا ،
فإن حق الخصومة فيه للوالد وإن علا^(٥) ، وللولد وإن سفل^(٦) ، ولا حق
للأخ ، والعم ، والمولى - وهذا قول^(٧) أبي حنيفة وأبي يوسف حتى يدخل
فيه أولاد البنات عندهما ، وعند محمد : لا يدخل إلا من يرث بالعصوبة .

وأما بيان المظالم - < فنقول > :

إذا رفع المقدوف الأمر إلى القاضى ، والقذف صحيح ، فلا يخلو :
إما أن ينكر القاذف ، أو يقر^(٨) .

فإن أنكر ، وطلب المقدوف^(٩) من القاضى أن يؤجله حتى يقيم البينة ،
وادعى أن له بينة ، حاضرة ، فى المصر^(١٠) - فإنه يؤجله^(١١) إلى أن يقوم من

(١) « عندنا » من ب .

(٢) « المغالب » ليست فى ا و ح .

(٣) « من المقدوف ... معروفة » ليست فى ب .

(٤) « هذا ... الحياة » ليست فى ا و ح .

(٥) فى ب : « للوالدين وإن علوا » .

(٦) فى ب : « سفلا » .

(٧) فى ب : « عند » . وفى الأصل : « قولها » .

(٨) فى ح و ا : « يعترف » .

(٩) « المقدوف » ليست فى ب .

(١٠) انظر فيما بعد ص ٢٢٩ - ٢٣٠ .

(١١) فى ح سقطت عبارة : « حتى يقيم البينة ... يؤجله » وفى ب هنا تكرار .

المجلس ، ويحبس المدعى عليه القذف^(١) ، فإن أقامها ، إلى آخر المجلس ، وإلا خلى سبيله ، ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه - وهذا قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : يأخذ^(٢) منه كفيلا بنفسه^(٣) ، حتى يحضر الشهود ، ولا يحبس . وعن محمد أنه قال : أكفله ، ثلاثة أيام ، ولا أحبس : فإن أقام شاهدا ، واحدا ، عدلا ، فإنه يحبس حتى يحضر الشاهد الآخر ، وإن أقام شاهدا غير عدل ، فإنه^(٤) يؤجله إلى آخر المجلس . وإن قال المقذوف « بينى خارج المصر » أو « غائبون » : فإن القاضي يحل سبيل القاذف ، على ما ذكرنا .

وإن أقام رجلا^(٥) وامرأتين ، أو الشهادة على الشهادة ، أو كتاب القاضي في إثبات القذف - فلا^(٦) يقبل ، لأن الذكورة شرط في الحد^(٧) . ولو أقام القاذف رجلا وامرأتين ، على أن المقذوف^(٨) صدقه في قذفه له^(٩) ، يقبل^(١٠) ، لأنها قامت على درء الحد^(١١) .

وإن طاب المقذوف ، من القاضي ، أن يستحلف القاذف - فإنه

(١) في او ح : « بالقذف » . والمراد من الحبس الملازمة أى يقال المدعى : لازمه إلى هذا الوقت « الكسائي ، ٧ : ٥٣ : هـ .

(٢) كذا في او ب و ح . وفي الأصل : « يؤخذ » .

(٣) « بنفسه » ليست في ب .

(٤) « فإنه » من او ح .

(٥) كذا في او ح . وفي الأصل و ب : « رجل » .

(٦) الفاء من ا .

(٧) في ا : « في الحدود » .

(٨) « فلا يقبل ... المقذوف » ليست في ب .

(٩) « له » من او ب و ح .

(١٠) في ب : « ويقبل » . وفي ح : « قبل » .

(١١) في او ح : « على ذلك الحد » .

لا يخلفه عندنا ، خلافاً للشافعى ، بناءً على ^(١) أن حد القذف حق العباد ^(٢) عنده .

فإذا أقام البينة على القذف ، أو ^(٣) أقر القاذف - فإن القاضى يقول للقاذف « أقم البينة على صحة قولك » ^(٤) :

فإن أقام أربعة من الشهود ، على معاينة الزنا ، أو على إقراره بالزنا ، على الوجه الذى ذكرنا - يقيم حد الزنا ، على المقتوف ، ولا يقيم حد القذف على القاذف ، لأنه ظهر أنه صادق فى مقاله .

فإن عجز عن إقامة البينة للحال ، وقال للقاضى « أجلىنى حتى أحضر ^(٥) البينة ، ولى بيته ^(٦) فى المصر ^(٧) » فإنه يؤجله إلى قيام المجلس : فإن أقام البينة إلى ^(٨) آخر المجلس ، وإلا أقام ^(٩) عليه حد القذف ، ولا يأخذ منه كفيلًا ، حتى يذهب ، فيطلب شهوده ، ولكن يحبس ^(١٠) ،

(١) فى ح : « للشافعى ما على » .

(٢) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « النير » . راجع فيما تقدم ص ٢٢٧ .

(٣) فى ا و ح : « و » .

(٤) فى ا و ب و ح : « على صحة قذئك » .

(٥) فى ب : « أقيم » .

(٦) فى ح : « والبينة » .

(٧) راجع فيما تقدم ص ٢٢٧ وما بعدها .

(٨) « قيام المجلس فإن أقام البينة لى » ليست فى ح و ا . أما فى ب فليس فيها عبارة

« فإن أقام البينة لى آخر المجلس » .

(٩) فى ا : « ولا يقيم » . راجع الهامش السابق .

(١٠) « المراد من الحبس الملازمة أى يقال المدعى : لازمه إلى هذا الوقت » الكشافى ،

٧ : ٥٣ : ٥ . وراجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٢٢٨ .

ويقول له « ابعث إلى شهودك ». وعلى قول أبي يوسف ^(١) : يؤجل ^(٢) إلى المجلس الثاني .

وعن محمد أنه قال ^(٣) : إن لم يجد أحدا يبعثه ^(٤) إلى الشهود ^(٥) ، أتركه حتى يذهب ، ويحضر الشهود ، وأبعث ^(٦) معه شرطاً ^(٧) حتى يحفظوه ، ولا أدعه حتى يفر ^(٨) : فإن عجز ، أقيم ^(٩) عليه الحد .

فإن ضرب بعض الحد، فحضر الشهود ، وشهدوا - بطل الحد الباقي ، وأقبل شهادتهم .

وإن شهدوا بعد إقامة الحد ، على صدق مقالته - تقبل ^(١٠) شهادتهم ، ويظهر ^(١١) في حق الشهادة ، حتى ^(١٢) لا يرد شهادته بعد ذلك ^(١٣) .

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « الشافعي » . وفي الكاساني (٧ : ٥٣ : ٢٦) وما بعده (أنه قول أبي يوسف ومحمد وأن هناك رواية أخرى عن محمد وهي التي سترد في المتن بعد قليل .

(٢) في ا و ح : « يؤجله » .

(٣) « قال » ليست في ا و ب و ح .

(٤) الهاء من ا و ب و ح .

(٥) في ا و ح : « شهوده » .

(٦) في ح : « وأبعثه » .

(٧) الشرط جمع شرطة بمعنى الجند والشرط على لفظ الجمع أعوان الساطان لأنهم جعلوا لأنفسهم علامات يعرفون بها الأعداء - الواحدة شرطة (المصباح) .

(٨) في ا و ح : « شرطاً يحفظونه ولا أدعه يفر » .

(٩) في ا و ح : « يقيم » . وفي ب : « فإنه يقيم » .

(١٠) في ا و ح : « قبل » .

(١١) أي أقر القبول (الكاساني ، ٧ : ٥٣ : السطر الأسفل) .

(١٢) في ا و ح : « في خط الشهادة أن » .

(١٣) في ب : « شهادة المحدود في القذف » . وفي ا و ح : « شهادة هذا المحدود في القذف » .

وأما التعزير

فيجب^(١) في جنائية ليست بموجبة للحد^(٢) ، بأن قال « يا كافر » أو^(٣) « يا فاسق » أو^(٤) « يا فاجر » ونحو ذلك .

. . .

ويكون التعزير على قدر الجنائية ، وعلى قدر مراتب الجاني^(٥) : قد يكون بالتغليظ في القول^(٦) ، وقد يكون بالحبس ، وقد يكون بالضرب .

وأقل التعزير ثلاثة أسواط ، فصاعدا ، ولا يبلغ أربعين ، بل ينقص منه سوط^(٧) - وهذا عند^(٨) أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف^(٩) : في العبد^(١٠) ينقص من أربعين خمسة أسواط ، وفي الحر^(١١) لا يبلغ ثمانين ، وينقص منه^(١٢) خمسة أسواط^(١٣) .

(١) الناء . من ب .

(٢) في ح : « موجبة لحد » . وفي ب : « بموجبة الحد » . وفي ا : « موجبة للحد » .

(٣) و(٤) « أو » من ا .

(٥) في ا و ب و ح : « الناس » .

(٦) في ح : « بالقول » .

(٧) في ا و ب و ح : « سوطا » .

(٨) في ا و ح : « قول » .

(٩) في ا و ح : « وعند أبي يوسف » .

(١٠) في ا و ب و ح : « في العبد كذلك » .

(١١) في الاصل : « وفي الحد » .

(١٢) « منه » من ا و ب و ح .

(١٣) « أسواط » من ب . وراجع فيما تقدم ص ٢٢١ .

وأصله قوله عليه السلام : « من بلغ حدا ، في غير حد - فهو من المعتدين » .

. . .

ولا يؤخذ^(١) فيه^(٢) الكفالة^(٣)

ولا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ، ولا بالشهادة على الشهادة^(٤) .
وعند محمد : يؤخذ^(٥) فيه الكفيل^(٦) ، وتقبل فيه^(٧) الشهادة على الشهادة^(٨) ، وشهادة النساء مع الرجال - وروى عنه أنها تقبل^(٩) في حق الحبس أياما ، ثم يخرج ، ولا تقبل في حق الضرب^(١٠) .

(١) في ح : « ولا يأخذ » .

(٢) كذا في اوب و ح . وفي الاصل : « منه » .

(٣) في اوب و ح : « الكفيل » .

(٤) « ولا يثبت ... على الشهادة » ليست في ب . وراجع فيما تقدم ص ٢١٧ .

(٥) في ح : « يأخذ » .

(٦) « وعند محمد .. الكفيل » ليست في ب . راجع الهامش السابق .

(٧) « فيه » من اوب و ح .

(٨) « على الشهادة » ليست في ا .

(٩) في اوب و ح : « لا تقبل » .

(١٠) زاد في ب : « والله تعالى أعلم » .

كتاب السَّرقة

قال رحمه الله ^(١) :

جمع في الكتاب ^(٢) بين السرقة ، وقطع الطريق ، وتفسير البغاة ،
وأحكامهم .

أما الأول - فنقول ^(٣) :

يحتاج إلى :

تفسير السرقة ، الموجبة للقطع ، في الشرع .
وإلى بيان ^(٤) حكمها .

أما الأول :

فهو أخذ مال الغير ^(٥) ، على سبيل الخُفْيَةِ ، مع شرائطها :
منها - أن يكون السارق عاقلاً ، بالغاً .

(١) « رحمه الله » من ا و ح . و « قال رحمه الله » ليست في ب .

(٢) جمع محمد في الجامع الصغير في كتاب السرقة بين السرقة وبين قطع الطريق (س ٧٠-٧٢) .
وكذا السرخسي في المَبْسُوط (٩ : ١٣٣ - ٢٠٥) مما قد يدل على أن محمداً فعل ذلك أيضاً في
غير الجامع الصغير وقد فعل ذلك أيضاً القدوري في مختصره (راجع شرح الميداني عليه ، ٣ :
٥٩ - ٥٩) . فإماه إذن يريد محمداً أو القدوري في مختصره ولكننا نرجح أنه يريد محمداً كما نرجح
أنه يريد بالكتاب « كتاب السرقة » - راجع فيما تقدم الهامش ٢٥١ ص ٢١١ .

(٣) « جمع في الكتاب ... أما الأول فنقول » من ا و ب و ح . ففى الأصل : « قال :
يحتاج إلى ... » .

(٤) « بيان » ليست في ا و ح .

(٥) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « المال على سبيل ... » . فليس فيها : « الغير » .

ومنها - أن يكون المسروق مالا ، متقوما - حتى لو سرق الخمر ،
و^(١) الخنزير ، و^(٢) جلد الميتة : فإنه لا قطع عليه^(٣) .

ولو^(٤) سرق حرا ، صغيرا ، فمات في يده أو مرض - فلا^(٥) شيء عليه .
ولو أصابته آفة^(٦) : من الوقوع في البر^(٧) أو افتراس السبع - يضمن ،
لأنه تضييع^(٨) له .

ومنها - أن يكون المال المسروق مقدرا ، عندنا^(٩) ، بعشرة دراهم .
وعند مالك بثلاثين^(١٠) درهما . وعند الشافعي بربع^(١١) دينار .
وتكلم العلماء في صفة الدراهم العشرة :

ذكر أبو الحسن الكرخي أنه يعتبر عشرة دراهم مضروبة . وكذا
روى عن أبي يوسف ومحمد : أنه لا يقطع في عشرة دراهم تبرا ، ما لم
تكن مضروبة .

(١) في ا و ح : « أو » .

(٢) في ا : « أو » .

(٣) في ا : « لا يقطع » .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « قال : واو » .

(٥) الفاء من ا و ح .

(٦) « آفة » ساقطة من ا و ح .

(٧) « في البر » ليست في ح .

(٨) كذا قرأناها في الأصل و ب و ح وفيها تصحيف ولعلها « بصنيع له » . وفي ا

كذا : « لأنه بصنيعه » .

(٩) « عندنا » ليست في ا .

(١٠) في ب كذا : « بثلاثة درهما » .

(١١) الباء الأولى من ا و ب و ح وفيها كذا : « مقدار ربع دينار » .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا سرق^(١) عشرة مما يروج^(٢) بين الناس : قطع - فهذا يدل على أن التبر إذا كان رائجا ، يقطع فيه^(٣) . ويجب أن يكون وزن^(٤) الدراهم^(٥) العشرة^(٦) ووزن سبعة مثاقيل^(٧) ، كما في نصاب الزكاة^(٨) .

ويجب أن يكون قيمة المسروق عشرة ، من وقت السرقة ، إلى وقت القطع ، ولا ينتقص^(٩) من حيث السعر .

وروى عن^(١٠) محمد أنه لا يعتبر نقصان السعر ، بعد الأخذ . ولو سرق^(١١) في بلد^(١٢) ، وأخذ في بلد أخرى^(١٣) ، لا يقطع ، ما لم تكن القيمة ، في البلدين ، عشرة .

فأما نقصان القيمة ، بانتقاص^(١٤) العين بعد الأخذ ، فلا عبرة به ،

(١) « سرق » ليست في أ .

(٢) في أ : « عشرة تروج » . وفي ح : « عشرة ما تروج » .

(٣) « فيه » ليست في أ .

(٤) « وزن » ليست في أ و ب و ح .

(٥) « الدراهم » ليست في ب .

(٦) « العشرة » من أ .

(٧) « مثاقيل » من أ .

(٨) « ويجب ... الزكاة » كررت في ب . راجع ح ١ ص ٤١٣ .

(٩) في ح : « ولا تنقص » . وفي ب : « ولا ينقص » . وانتقص ذهب منه شيء بعد

تمامه (المصباح) .

(١٠) في أ و ب و ج : « وعن »

(١١) في أ و ح : « ولو أخذ » .

(١٢) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « في بلد واحد » ولعل كلمة « واحد » هذه

تصحيف لكلمة « وأخذ » . وبذلك تكون هذه الكلمة قد كررت .

(١٣) في أ و ب و ح : « آخر » . و « بلد » يذكر ويؤنث (المصباح) .

(١٤) في أ و ح : « بانتقاص » .

فيقطع ، لأنه لو هلك كله لقطع^(١) ، فكذا^(٢) إذا انتقص .

وهذا الذى ذكرنا شرط فى سرقة عشرة من حرز واحد : فإن أخذ عشرة ، من حرز واحد ، يقطع ، سواء^(٣) كانت العشرة لواحد أو لجماعة ، لأنها سرقة واحدة ، من حرز واحد .

ولو أخرج عشرة لرجل : بعضها من دار ، وبعضها من دار أخرى - لا يجب القطع^(٤) ، لأنه^(٥) سرقتان بلا نصاب .

ولو أخرج من دار واحدة ، عشرة : مرة خمسة ، ومرة خمسة^(٦) : لا يقطع ، ما لم يوجد إخراج العشرة جملة : مرة واحدة .

ولو حمل اللصوص جملة متاعا من الحرز ، دفعة^(٧) واحدة : فإن باغ قيمة المتاع مقدار ما تكون^(٨) حصة كل واحد منهم نصابا كاملا^(٩) ، يجب القطع ، وإلا فلا .

(١) فى ا و ب و ح : « يقطع » .

(٢) فى ب : « وكذا » .

(٣) فى ا و ح : « هذا الذى ذكرنا شرط فى السرقة الواحدة بأن أخذ عشرة من حرز واحد سواء ... الخ » . وفى ب مثل ما فيها ، إلا أن فيها « فى سرقة واحدة » بدلا من « فى السرقة الواحدة » .

(٤) « القطع » من ا و ب و ح .

(٥) يشبه أن يكون كذلك فى الاصل . وفى ا و ب و ج : « لأنها » .

(٦) فى ا : « عشرة مرتين : مرة خمسة ، وخمسة مرة أخرى » . وفى ب : « عشرة : مرة خمسة ، ومرة أخرى خمسة » . وفى ح : « عشرة : مرة خمسة ، ومرة خمسة » .

(٧) « دفعة » كررت فى ب .

(٨) فى ب : « ما يكون المتاع » . وفى ا و ح : « ما يكون » . وفى الاصل كذا : « ما تكون » دون نقط .

(٩) فى ح كذا : « لا كاملا » .

ومنها - أن يكون المال المسروق^(١)، محفوظا ، محرزا على الكمال .
 وإنما يكون محرزا بأحد أمرين^(٢) : إما أن يكون في مكان معد^(٣)
 للإجراز . عادة ، كالدير ، والبيوت^(٤) ، والحوانيت ، والصناديق . وإما
 أن يكون محرزا بالحفاظ .

وفي^(٥) القسم الأول - يكون المـكان حرزا ، بنفسه ، سواء كان ثمة
 حافظ أو لا ، وذلك أن يكون في الأـمصار ، و^(٦) القرى ، و^(٧) الحيام ،
 والأخبية^(٨) ، في المفاوز مع جماعة ممتعة ، إلا إذا كان الباب مفتوحا ،
 في الليل والنهار ، وليس ثمة حافظ ، فهذا لا يكون حرزا في العادة .
 وأما القسم الثاني - < ف > أن لا يكون المـكان حرزا بنفسه ، وإنما يكون
 حرزا بالحفاظ - وذلك^(٩) نحو قارعة الطريق ، والمفازة^(١٠) ، والمساجد -
 فإن كان ثمة حافظ قريب^(١١) من المال ، يكون حرزا^(١٢) ، سواء كان
 نائما أو يقظانا .

(١) « المسروق » ليست في ب .

(٢) في ح : « الأمرين » .

(٣) في ا و ح : « معدا » .

(٤) « والبيوت » ليست في ا و ح .

(٥) في ا و ح : « نفى » .

(٦) و (٧) في ا و ح : « أو » .

(٨) في ح : « أو الأخبية » . والخباء الخيمة من الصوف (المغرب) .

(٩) في ا : « وكذلك » .

(١٠) في ب : « والمفاوز » .

(١١) في ا و ب و ح : « قريبا » .

(١٢) في ب : « محرزا » .

ولو كان العدل^(١) والجوالق^(٢) على الدابة في حال^(٣) السير ،
فسرق رجل من العدل - يقطع . ولو سرق العدل نفسه^(٤) ، والجوالق :
لا يقطع ، لأن هذا^(٥) غير محفوظ بالسائق .
ولو دخل السارق الحرز ، وأخذ منه^(٦) متاعا ، فقبل أن يخرج ، علم
به^(٧) صاحب الحرز ، فأخذه^(٨) - لا يقطع ، لأنه لم يوجد منه
الإخراج من الحرز .

واو أخذ <ه> السارق ورمى به إلى خارج الحرز^(٩) ، فأخذه^(١٠)
صاحبه ، ثم إن صاحب الحرز أخذ السارق من^(١١) الحرز - لا يقطع^(١٢) ،
لأنه لم تثبت يده عليه^(١٣) ، عند الخروج ، لثبوت يد غيره .

(١) العدل الفرارة أى الجوالق (المنجد) . وانظر الهامش التالى .
(٢) فى ح : « والجوالق » . وفى المغرب : الجوالق بالفتح جمع جوالق بالفهم والجوالق
بزيادة الياء تسامح .

(٣) « حال » من ا و ب و ح .

(٤) كذا فى ب . وفى الأصل : « بنفسه » . وفى ا و ح : « بيمينه » .

(٥) « هذا » ساقطة من ا .

(٦) « منه » من ا و ب و ح .

(٧) « به » من ا و ح .

(٨) « فأخذه » ساقطة من ح . وانظر الهامش التالى .

(٩) « فأخذه لا يقطع لأنه ... خارج الحرز » ساقطة من ب .

(١٠) الهاء من ا و ب و ح .

(١١) فى ا و ب و ح : « فى » .

(١٢) فى ب : « لا قطع عليه » . وفى ا و ح : « لم يقطع » .

(١٣) « عليه » ليست فى ب . وفى ا و ح : « لم تثبت يده عند الخروج على المسروق

لثبوت يد غيره » .

ولو رماه^(١) من الحرز ، ثم خرج ، وأخذه^(٢) : يجب القطع^(٣) ،
عندنا ، خلافاً زفر ، لأن هذا فى حكم يده ، إذا لم يأخذه^(٤) غيره .

ولو أخذ المتاع من الحرز ، وناول صاحباً له خارج الحرز : فلا قطع
عليهما ، عند أبي حنيفة ، كيفما كان . وقال محمد : إن أخرج الداخل يده
من الحرز ، وناول الخارج : يقطع الداخل ، دون الخارج ؛ وإن أدخل^(٥)
الخارج يده فى الحرز ، وأخذ : فلا قطع عليهما .

وقال أبو يوسف : إذا أخرج الداخل يده : لا قطع عليه ، فأما الخارج
إذا أدخل^(٦) يده وأخذ منه : يجب القطع عليهما - لأن عنده^(٧) دخول^(٨)
الحرز ليس بشرط ، إذا أمكن السارق^(٩) أخذ المال المحرز .

وعلى هذا : إن^(١٠) السارق إذا نقب الجدار ، وأدخل يده ، وأخذ
متاعاً يساوى^(١١) عشرة دراهم^(١٢) : لا قطع عليه عند أبي حنيفة ومحمد .
وقال أبو يوسف : يقطع .

(١) فى ا و ح : « رمى » .

(٢) فى ب : « وأخذ » . وانظر الهامش التالى .

(٣) فى ا و ح : « ثم خرج فأخذه قطع » .

(٤) فى ج : « لم يأخذ » .

(٥) و(٦) فى ح : « دخل » .

(٧) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « عليهما وعنده » .

(٨) « دخول » ليست فى ح و ا .

(٩) فى ا : « للسارق » .

(١٠) « إن » ليست فى ا و ح .

(١١) فى ب : « يساوى قيمته » .

(١٢) « دراهم » من ا و ب و ح .

وكذا لو دخل الحرز ، وجمع المتاع عند النقب ، ثم خرج ، وأدخل يده ، وأخرج - فهو على هذا الخلاف ^(١) .

وكذا لو دخلوا الحرز ^(٢) ، وحملوا الأثمة ^(٣) على ظهر رجل منهم أو رجائين حتى أخرجوا ^(٤) < الأثمة > ، وخرج الباقيون من غير حمل ^(٥) شيء : القياس أن لا يقطع غير الحامل ، وفي الاستحسان : يقطعون ، لأن السرقة من الجماعة هكذا تكون عادة .

وكذا لو حملوا على دابة ، حتى خرجت بها ^(٦) من الحرز - يجب القطع .

وإن كان معهم صبي أو مجنون : لا قطع على الكل عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : إن باشرا إلا إخراج ^(٧) ، دون الكبار العاقلين ^(٨) : لا قطع على الكل ، وإن باشرا إلا إخراج - غيرها ^(٩) : يجب القطع على الكبار .

(١) في ا و ب : « الاختلاف » . و « وكذا ... الخلاف » ساقطة من ح .

(٢) في ا : « ولو دخل الحرز جماعة » . وفي ج : « وكذلك لو دخل الحرز جماعة » . وفي ب : « ولو دخلوا الحرز » .

(٣) في ا و ح : « المتاع » .

(٤) في ا و ح : « أخرجوا » .

(٥) « حمل » ليست في ح .

(٦) في ب : « خرجوا به » .

(٧) في ب : « إن باشرا الإخراج » وفي ا و ح : « لأن باشرا الإخراج الصغار » .

(٨) في ا و ح : « الكبار البالغين » .

(٩) في ح : « غيرها » .

ومنها - أن يكون المسروق أعيانا ، قابلة للإدخار^(١) والائمساك ، ولا يتسارع إليها الفساد^(٢) - حتى لو سرق ثمارا مجدودة^(٣) ، محرزة في^(٤) حظيرة^(٥) عليها باب مغلق^(٦) ، أو كان ثمة حافظ ، ولكن يتسارع إليها^(٧) الفساد ، نحو العنب والتين^(٨) ، والسفرجل ، والرطب^(٩) ، والبقول : لا يقطع^(١٠) .

ولو كانت مما يبقى ، مثل^(١١) الجوز ، واللوز ، والتمر اليابس^(١٢) ، والفواكه اليابسة : يجب القطع .

ولو كانت الثمرة الباقية على الشجر ، والخنطة في السنبلة ، لم^(١٣)

(١) في ح : « الإدخار » .

(٢) في ح : « الفاسد » .

(٣) في ب : « مجدودة » - وكلاما صحيح لغة من جد و جذ بمعنى قطع (المصباح) .

(٤) في ب : « من » .

(٥) في أ و ح هكذا : « حظيرة » . وفي المصباح : « وحظيرة التمر الجرين » . وفي

المنجد : « الحظيرة ... موضع التمر » .

(٦) في أ و ب و ح : « مقفل » .

(٧) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « ... حافظ فإنه يقطع وما يتسارع إليه » .

(٨) « والتين » من أ و ح .

(٩) في أ و ب و ح : « والرطاب » . والرطب الشيء الرخس أى اللين والرطاب جمع

رطبة وهي الشيء المبتل أو الرخس اللين (راجع المصباح) .

(١٠) في أ و ب و ح : « لا يجب القطع » .

(١١) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « من » .

(١٢) في أ و ح : « والتمر اليابسة » .

(١٣) كذا في ب - وتشبه أن تكون كذلك في الأصل .

تحدد^(١) - في حائط موثق ، أو ثمة حافظ^(٢) : لا يجب القطع^(٣) ،
لأنه لم تستحكم مالهته بعد^(٤) .

وعلى هذا - لو سرق اللحم^(٥) الطري ، أو الياض : لا يجب القطع^(٦) ،
لأنه مما يتسارع إليه الفساد .

وعلى هذا : النبيذ الحلال ، والعصير ، واللبن ، بخلاف الخمر والدبس^(٧) .

ومنها - أن لا يكون المسروق شيئاً^(٨) يوجد^(٩) مباح الأصل ،
كالطيور والخشب والقصب^(١٠) والنورة^(١١) واللبن^(١٢) ، إلا إذا كان

(١) في الأصل و ب : « يحدد » - وانظر الهامش التالى .

(٢) « ولو كانت الثمرة ... حافظ » ليست فى ا و ح . وفيها : « ولو كانت بحافظ » .
والظاهر أن هناك سقطاً وتعريفاً فى كلمة « حافظ » .

(٣) فى ا و ح : « لا يجب القطع بسرقة » ، لا يجب عليه القطع .

(٤) فى الكشافى (١٠ : ٦٩ : ٧) : « ولو سرق تمراً من نخل أو شجر آخر ممافاً فيه :
فلا قطع عليه ، وإن كان عليه حائط استوتقوا منه وأحرزوه أو هناك حائط ، لأن ما على رأس
النخل لا يعد مالا ، ولأنه مادام على رأس الشجر لا يستحكم جفاهه فيتسارع إليه الفساد » .

(٥) فى ب : « وعلى هذا النسق : اللحم » .

(٦) « القطع » ليست فى ب . وفى ا و ح : « لا يجب عليه القطع » .

(٧) الدبس عصارة الرطب (المصباح) .

(٨) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « أن يكون المسروق أن لا يكون شيئاً » .

(٩) فى ب و ح : « يؤخذ » .

(١٠) « والقصب » من ا و ب و ح .

(١١) النورة حجر الكيلس ثم غلبت على أخلاط تضاف إلى الكيلس من زرينخ
وغيره وتستعمل لإزالة الشر . والكيلس ما يقوم به الحجر والرخام ونحوهما ويتخذ منها بإحراقها
(المنجد والمصباح) وتقدمت فى الهامش ١٠ من ٨٠ ح ا .

(١٢) فى ا : « واللبن حتى لا قطع عليه فيه » . وفى ح : « واللبن حتى لا قطع عليه

فيه » . وفى ب : « واللبن حتى لا قطع فيه » .

شيئا^(١) له خطر عند الناس ، كالذهب والفضة واللؤلؤ^(٢) والنفير وزجج
والساج والعاج^(٣) ونحوها ، أو^(٤) يحدث فيه صنع^(٥) كالسري ونحوه .
ومنها - أن لا يكون^(٦) مأذونا بالدخول في الحرز ، أو فيه شبهة
الاِذن ، كالسرقة من ذوى^(٧) الرحم المحرم .
وكذلك عبد الرجل^(٨) ، و^(٩) مدبره ، ومكاتبه ، وخادمه^(١٠) ، وخادم
امراته ، وأجيرها^(١١) ، وضيئفها^(١٢) ، ونحو ذلك .
وكذلك لو سرق العبد من ابن مولاه ، و^(١٣) أبويه - لأنه يدخل
عليهم ، عادة .

وإن سرق من غريمه : < ف > إن كان من جنس دينه ، وهو حال :
لا يقطع^(١٤) . وإن كان الدين مؤجلا : لا يقطع ، استحسانا . وإن كان

-
- (١) « شيئا » من ا و ب و ح .
(٢) اللؤلؤ حجر كريم والكلمة من الدخيل (المنجد) - وليست في ا
(٣) في ب : « والساج » أيضا .
(٤) « أو » ليست في ا .
(٥) في ا و ح : « يحدث فيه صنعة » . وفي ب : « يحدث فيه صنعة » .
(٦) في ا و ح : « ومنها إذا كان » . وفي ب : « ومنها أنه إذا كان » .
(٧) في ا و ح : « من ذى » .
(٨) في ا : « وكذلك من عبده » .
(٩) في ب : « أو » .
(١٠) « وخادمه » ليست في ب .
(١١) في ب و ح : « وأجيرها مشاهرة » . وفي ا : « أو أجيره » .
(١٢) في الأصل كذا : « وضيئفها » . وفي ا : « أو ضيفه » . وفي ب و ح :
« أو ضيفها » .
(١٣) في ا : « أو من أبويه » .
(١٤) « وإن سرق من غريمه ... لا يقطع » ليست في ا و ح .

المسروق أكثر من الدين، وتلك الزيادة تكون^(١) نصابا : فكذلك^(٢) ،
لأن حقه ثابت في الجملة شائما^(٣) .

وإن كان من خلاف جنسه : يقطع - خلافا لاشافعى^(٤) . وبعض
أصحابنا قالوا : لا يقطع ، لاختلاف العلماء فيه من السلف .

ومنها^(٥) - أن لا يكون المسروق شيئا^(٦) له تأويل إلا أخذ^(٧) أو^(٨)
الابتلاف ، كما إذا سرق مصحفًا ، أو صليبا ، أو زردا أو شطرنجا من
ذهب أو فضة .

ومنها - أن لا يكون^(٩) النصاب تبعًا لما لا يقطع بسرقة^(١٠) ، كما إذا

(١) في ا و ح : « يبلغ » .

(٢) « فكذلك » من ا و ب و ح .

(٣) « شائما » من ا و ب و ح .

(٤) « خلافا لاشافعى » من ا و ح . وانظر الهامش التالى - وفي المذهب (٢ : ٢٨٢) :

« وإن كان له على رجل دين ، فسرق من ماله - فإن كان جاحدا له أو ماطلا له : لم يقطع ، لأن
له أن يتوصل إلى أخذه بدينه . وإن كان مقرا ملدا : قطع ، لأنه لا شبهة له في سرقة . وإن غصب
مالا ، فأحرزه في بيت ، فنقب المصوب منه البيت ، وسرق مع ماله نصابا من مال الناصب : ففيه ثلاثة
أوجه : أحدها - أنه لا يقطع ، لأنه هتك حرزا كان له هتكه لا أخذ ماله . والثاني : أنه يقطع لأنه
لما سرق مال الناصب علم أنه قصد سرقة مال الناصب . والثالث : أنه إن كان ما سرقه متميزا عن
ماله : قطع ، لأنه لا شبهة له في سرقة ، وإن كان مختلطا بماله : لم يقطع ، لأنه لا يتميز ما يجب فيه
القطع مما لا يجب فيه ، فلم يقطع » .

(٥) « من خلاف جنسه ... ومنها » ليست في ب .

(٦) في ا و ب و ح : « إذا سرق شيئا ... الخ » .

(٧) في ا : « للأخذ » .

(٨) في ا و ب و ح : « و » .

(٩) في ا و ب و ح : « أن يكون » .

(١٠) في ب : « لسرقته » .

سرق كلبا أو سنورا وفي عنقه^(١) طوق ذهب أو فضة^(٢) ، أو مصحفا
مرصعا بالذهب والياقوت ، أو سرق^(٣) صبيا حرا عليه حلى أو^(٤) ثياب
ديباج - لا يجب القطع^(٥) .

وكذلك لو سرق إناء فضة فيه طعام ، وأخرجه من الحرز : كذلك
لا يجب القطع^(٦) . ولو صب الطعام ، وأخرج الإناء : يقطع .

ومنها - شرط^(٧) ظهور السرقة ، الموجبة^(٨) للقطع^(٩) ، عند القاضى ،
وهو خصومة المسروق منه - حتى لو شهدوا على السرقة من غير خصومة ،
أو أقر السارق : فإن القاضى لا يقطع .

ولو جاء السارق ثانيا إلى المالك ، ورد المال إليه ، قبل المرافعة إلى الحاكم :
سقط الحد ، فى^(١٠) المشهور^(١١) ، عندنا .

وأما إذا ردها بعد المرافعة ، وسماع البينة : لا يسقط القطع ، سواء
كان قبل القضاء أو بعده .

(١) فى ا و ب و ح : « أو سنورا فى عنقه » .

(٢) « أو فضة » من ا .

(٣) « سرق » ليست فى ا .

(٤) فى ا و ح : « و » .

(٥) و (٦) فى ا : « لا يقطع » .

(٧) فى ب : « شرائط » .

(٨) فى ب : « موجبة » .

(٩) فى ح : « للقاطع » .

(١٠) « فى » ساقطة من ح .

(١١) فى ا : « فى المشهود » .

وأما إذا وهبها من السارق ، أو ملكها السارق ، بوجه ما^(١) : سقط القطع^(٢) ، قبل القضاء ، وبعده - عندنا ، خلافا للشافعى .
ثم الشرط خصومة المسروق منه ، بأن كان صاحب ملك ، أو صاحب يد أمانة ، أو يد ضمان ، ويثبت^(٣) السرقة في حق الاسترداد ، أما في حق القطع ، فعندنا : كذلك - وعند زفر : لا يثبت . والشافعى يقول : لا يعتبر خصومة غير^(٤) المالك أصلا^(٥) .

وأما السارق من السارق ، فإن خصومته لا تعتبر ، في حق القطع ، بالإجماع . وهل تعتبر في حق^(٦) الاسترداد ؟ فيه روايتان .
وإنما تعتبر الخصومة^(٧) إذا لم يتقادم العهد . فأما إذا تقادم عهد السرقة ، فلا^(٨) يسمع الخصومة ، كما في حد الزنا ، على ما ذكرنا .

. . .

(١) فى ا و ب و ح : « بوجه من الوجوه » .

(٢) « القطع » ليست فى ب .

(٣) فى ا و ح : « وثبت » .

(٤) فى ا تحريف ففيها : « عين » .

(٥) « أصلا » ليست فى ب .

(٦) « فى حق » من ا و ب و ح .

(٧) فى ب : « البينة » . وفى ا و ح : « الخصومة والبينة » .

(٨) الفاء من ح و ا .

وأما قطاع الطريق والبنفاة ^(١) - فنقول :

إن قطاع الطريق ، الذين لهم أحكام مخصوصة ، لهم ^(٢) شرائط :
أصدها - أن يكون لهم منعة ^(٣) وشوكة ، بحيث لا يتمكن للمارة ^(٤)
المقاومة معهم ، وقطعوا ^(٥) الطريق عليهم ، سواء كان بالسلاح ، أو
بالعصا الكبيرة ، و ^(٦) الحجر ، وغيرها ^(٧) .

والثاني - أن يكون ذلك خارج المصر ، بعيدا عنه ^(٨) . فأما في المصر
و ^(٩) قريبا منه ، أو بين مصرين ^(١٠) : فلا يكون ^(١١) قطع الطريق -
وهو ^(١٢) قول أبي حنيفة ومحمد ، خلافا لأبي يوسف .

(١) في ح : « الطريق البنفاة » . وانظر أيضاً فيما بعد من هذا الجزء : « باب أحكام البنفاة »
في « كتاب السير » .
(٢) في الأصل : « فاهم » . وفي ا و ح : « لأن لقطاع الطريق أحكاما مخصوصة ولهم
شرائط » . وفي ب : « قطاع الطريق الذين لهم أحكام مخصوصة ولهم شرائط » .
(٣) في ا و ح : « قوة » - يقال : فلان في عز ومنعة أى بمنع على من قصده من الأعداء
(المقرب) .

(٤) في ح : « للمارة » .
(٥) في ا و ح : « ويقطعوا » .
(٦) في ا و ح : « أو » .
(٧) في ب : « وغيرها » .
(٨) في ا و ب و ح : « خارج الأمصار بعيدا عنها » .
(٩) في ا و ب : « أو » .
(١٠) « أو بين مصرين » ليست في ا و ح .
(١١) في ح : « فلا يمكن » .
(١٢) في ا و ح : « وهذا » .

والثالث - أن يكون ذلك^(١) في دار الإسلام ، على أهل دار الإسلام^(٢) .

والرابع - أن يوجد فيه^(٣) ، جميع ما شرط في السرقة الصغرى^(٤) ، حتى إن ما أخذوا^(٥) لو قسم على القطاع ، فأصاب^(٦) كل واحد منهم^(٧) عشرة دراهم - يجب القطع ، وإلا فلا .

ويشترط أن يكون القطاع ، كلهم ، أجنب ، في حق أصحاب الأموال ، وأن يكون كلهم^(٨) من أهل وجوب القطع ، حتى^(٩) إذا كان أحدهم ذا رحم محرم ، أو صبيًا ، أو مجنونًا : لا يجب عليهم القطع عند أبي حنيفة ومحمد ، خلافاً لأبي يوسف^(١٠) . وإذا كان معهم امرأة : ففيه

(١) « ذلك » ليست في ا و ح .

(٢) « على ... الإسلام » ليست في ب .

(٣) « فيه » ليست في ا و ب و ح .

(٤) قال الزيلعي في التبيين (٣ : ٢١٢) : « وهى نوعان : سرقة صغرى وكبرى . فالصغرى يسارق فيها عين المالك أو من يقوم مقامه في الحفظ وشرطها أن تكون خفية على زعم السارق ... والكبرى يسارق فيها عين الإمام أو من يقوم مقامه في الآفاق لأنه هو المتصدى لحفظ الطرق » - فالسرقة الصغرى هي السرقة العادية المعروفة وهى أخذ مال النهر خفية . والسرقة الكبرى هى قطع الطريق - وراجع الشاذلى على الزيلعى ، ٣ : ٢٣٥ .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل : « ما أخذوها » . وفي ا و ح : « حتى لو قسم ما أخذوها على القطاع » .

(٦) في ا و ب و ح : « أصاب » .

(٧) « منهم » من ا و ح .

(٨) « وأن يكون كلهم » ليست في ا و ب و ح .

(٩) « حتى » ليست في ا و ح .

(١٠) راجع فيما تقدم ص ٢٤٠ .

روايتان ، والاُصح أنه لا يقطع ^(١) .

والخامس - أن يظفر بهم الإمام ، قبل التوبة ، ورد الأموال ^(٢) إلى أربابها .

أما أحكامهم - فنقول :

إن قطع الطريق على أربعة أنواع :

— إن أخذوا ^(٣) المال لا غير : تقطع أيديهم وأرجلهم ، من خلاف ، إذا كانوا صحيحين ^(٤) الاطراف .
— وإن قتلوا ، ولم يأخذوا المال ^(٥) : قتلوا .

(١) أى لا يقطع أحد . وفى ب : « أنها لا تقطع » - وظاهر أن المعنى مختلف ، وأنه لو قال فى الأصل واو ح (وهو مافى المتن) : « لا تقطع » (أى بالناء لا بالياء) لكان معنى مافى النسخ جيبا واحدا . وفى السرخسى (المبسوط ، ٩ : ١٩٧ - ١٩٨) أنه فى ظاهر الرواية ، وهو اختبار الطحاوى ، أن المرأة كالرجل فى قطع الطريق كما فى سائر الحدود . وذكر الكرخى أن حد قطع الطريق لا يجب على النساء . وذكر هشام فى نوادره عن أبى يوسف أنه إذا قطع قوم من الرجال الطريق وفيهم امرأة فباشرت المرأة القتل وأخذت المال دون الرجال فإنه يقام الحد عليهم ولا يقام عليها . وقال محمد : يقام عليها ولا يقام عليهم . وذكر ابن سماعه عن محمد عن أبى حنيفة أنه يدرأ عنهم جيبا لكون المرأة فيهم وجعل المرأة فيهم كالصبي .

وفى السكاسى (البدائع ٧ : ٩١) أنه « لو كانت فى القطاع امرأة فوليت القتال وأخذ المال دون الرجال : لا يقام الحد عليها فى الرواية المشهورة . وذكر الطحاوى رحمه الله وقال : النساء والرجال فى قطع الطريق سواء وعلى قياس قوله تعالى : يقام الحد عليها وعلى الرجال ... وأما الرجال الذين ممها فلا يقام عليهم الحد فى قول أبى حنيفة ومحمد سواء باشروا معها أو لم يباشروا - فرق أبو يوسف بين الصبي وبين المرأة حيث قال : إذا باشر الصبي : لاحد على من لم يباشر من العقلاء البالغين ، وإذا باشرت المرأة : تعد الرجال - وراجع فيما تقدم ص ٢٤٠ وص ٢٤٨ .
(٢) كذا فى ب . وفى الأصل : « المال » . وفى ا و ح : « .. المال إلى أربابه » .

(٣) فى ب : « أن يأخذوا » .

(٤) فى ا و ح هكذا : « صحيحين » .

(٥) « لا غير ، تقطع ... المال » ساقطة من ب .

— وإن أخذوا المال ، وقتلوا ^(١) : فالأمام بالخيار : إن شاء قطع وقتل ،
وإن شاء قتل لا غير ^(٢) — ثم هو مخير بين أن يقتله صلباً ^(٣) ، وبين أن
يقتله بلا صلب .

ثم الكر خى يقول : يصلب حياً ، ثم يقتل . والطحاوى يقول : يصلب مقتولاً .
— وإن خوفوا ^(٤) بقطع الطريق لا غير ^(٥) : يحبسون ، ويمزرون ^(٦) ،
حتى يتوبوا — وهو تفسير النفي لقوله ^(٧) تعالى : « أو ينفقوا من الأرض » ^(٨) .

ثم إذا أقيم الحدان ^(٩) : القطع ، والقتل — فلا شيء عليهم من ضمان
ما هلك من الأموال ، وضمان الجراحات والقتل ، لأن الحد مع
الضمان لا يجتمعان ^(١٠) .

وأما إذا فات شيء من الشرائط ، حتى لا يقام الحد عليهم ^(١١) ، فإنه يحكم

-
- (١) في ا و ح : « وإن قتلوا وأخذوا المال » .
(٢) البارة في ب : « إن شاء قتلهم لا غير ، وإن شاء قطع وقتل » .
(٣) « صلباً » ليست في ب .
(٤) في ا و ح : « فإن أخافوا » .
(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل تشبه : « لا غيره » .
(٦) راجع فيما تقدم في التمزير ص ٢٣١ - ٢٣٢ .
(٧) في ب : « في قوله » .
(٨) المائدة : ٣٣ - وهي والتي بعدها : « لئلا جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسمون في
الأرض نساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفقوا من الأرض
ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم » . إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم
فاعلموا أن الله غفور رحيم » .
(٩) في ا و ح : « الحد من » . وفي ب : « الحد في » .
(١٠) في ا و ح : « لا يجتمع » .
(١١) في ا و ب و ح : « لا يقام عليه الحد » .

القاضى بما هو حكم ذلك الفعل^(١) ، بدون قطع الطريق ، حتى^(٢) إذا أخذوا المال لا غير : يجب الرد أو^(٣) الضمان ، فإن قتلوا لا غير : يجب القصاص لا الحد^(٤) - حتى إذا قتلوا بالسلاح ، يقتلوا ، ولا يقتلوا إذا قتلوا^(٥) بغير السلاح .

ولا يقتل الردء^(٦) و^(٧) المميين .

وإن خرجوا - إن أمكن استيفاء القصاص : يقتص منهم ، وإلا فيجب الضمان .

. . .

وأما البغاة^(٨) :

فقوم^(٩) لهم شوكة ومنعة ، وخالفوا المسلمين في بعض^(١٠) الأحكام ، بالتأويل ، كالخوارج وغيرهم ، وظهروا^(١١) على بلدة من البلاد ، و^(١٢) كانوا في عسكر ، وأجروا أحكامهم .

(١) في ا : « فإن القاضى يحكم بها وهو حكم ذلك للفعل » .

(٢) « حتى » ليست في ب .

(٣) في ا و ح : « و » .

(٤) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ت : « لاحد »

(٥) كذا في ا . وفي ح : « يقتل ولا يقتل إذا قتل » . وفي ت : « يقتل إذا قتلوا » .

وفي الأصل : « يقتل ولا يقتل إذا قتلوا » .

(٦) الردء الممين من ردأه أعانه (المغرب) .

(٧) قد تكون « أو » إذ هي مكتوبة في الأصل و ح كذا : « الرد أو الممين » وفي

ا : « الرداء والممين » . وفي ت : « الرد والممين » .

(٨) انظر فيما بعد في هذا الجزء : « باب أحكام البغاة » في « كتاب السير » .

(٩) القاء من ا و ح .

(١٠) في ب : « وخالفوا المسلم في بعض » . وفي ا و ح : « يخالفون المسلمين من بعض » .

(١١) في ا و ح : « فظهروا » .

(١٢) في ا و ب و ح : « أو » .

فإذا قطعوا الطريق على أهل العدل، من المسافرين - فلا يجب عليهم الحد، لأنهم يدعون إباحة أموالهم عن تأويل، و^(١) لهم منعة .
ولو جاء رجل من أهل البغى تائباً، وأتى بسارق - قد^(٢) سرق ماله - من أهل البغى : لا يقطعه^(٣) إلا إمام العدل^(٤) .
ولو كان رجل منهم في دار أهل العدل، فسرق مال أهل العدل^(٥) : يقطع، وإن استحلّه، لأنه لا منعة له^(٦) - والله تعالى أعلم^(٧) .

(١) « و » ليست في ا و ح .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « وقد » .

(٣) الماء من ا و ح .

(٤) في ا و ب و ح : « إمام العدل » .

(٥) « فسرق ... العدل » ليست في ا و ح .

(٦) في ا : « وإن استحل لأن المنعة لهم » . وفي ب : « وإن استحل لأنه لا منعة له »

وفي ح : « وإن استحل لأن المنعة لهم » .

(٧) انظر فيما بعد في هذا الجزء : « باب أحكام البغاة » في « كتاب السير » .

كتاب الهيئة

يحتاج^(١) إلى :
بيان^(٢) مشروعية < عقد > الهيئة ،
وإلى بيان ركنه ،
وإلى بيان^(٣) شرائط صحته ،
وإلى بيان حكمه^(٤) .

أما الأول - فنقول :

الهيئة عقد ، مشروع ، مندوب إليه ، بالكتاب ، والسنة ، والائجام^(٥) .
أما الكتاب - فقوله^(٦) تعالى : « فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا ،
فكلوه هنيئا مريئا »^(٧) .

وأما السنة - فقوله عليه السلام^(٨) : « تهادوا تحابوا » ، وقال عليه السلام :

-
- (١) في ا و ح : « قال رحمه الله : يحتاج » .
(٢) و (٣) « بيان » و « إلى بيان » من ا و ح .
(٤) كذا في ا و ح . وفي الاصل و ب : « الحكم » .
(٥) في ا و ب و ح : « واجماع الائمة » .
(٦) هكذا في ا و ح . وفي الاصل و ب : « قال الله تعالى » .
(٧) النساء : ٤ ، والآية : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا » .
(٨) هكذا في ا و ح . وفي الاصل و ب : « وقال عليه السلام » .

« العائد في هبته كالكلب يعود في قيته »^(١).

وعليه الإجماع .

وأما ركن الهبة :

فهو الإيجاب والقبول .

فلا يوجب قوله « وهبت هذا الشيء منك » أو « جعلته لك » أو « هذا لك » أو « نُحِلَّتْهُ »^(٢) لك ، أو^(٣) قال « جعلت هذه الدار لك عمرى أو عمرك أو حياتى أو حياتك » ، فإذا مت فهو رد على « فهذا كله هبة ، وهى له حياته وموته ، والشرط الذى شرطه باطل » ، على ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ »^(٤) ، لا تَعْمُرُوهَا^(٥) ، فإن من أَعْمَرَ شيئاً كان لمن أَعْمَرَهُ^(٦) .

ولو قال « هذه الدار لك رُقْبَى »^(٧) أو^(٨) حبيسة ، ودفعها إليه - فهى عارية

(١) فى ا و ب و ح : « العائد فى هبته كالعائد فى قيته » . وفى بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر (ص ١٦٤) : « العائد فى هبته كالكلب يقيم ثم يعود فى قيته (متفق عليه) . وفى رواية للبخارى : ليس لنا مثل السوء الذى يعود فى هبته كالكلب يقيم ثم يرجع فى قيته » .

(٢) فى ا و ح : « أو : نَحَاتِكَ » - وهى النَحْلَةُ هى العطية - يقال : فلان نُحِلَّ ولده نُحِلَّى أى أعطاه عطية « الكسانى : ٦ : ١١٦ : ٤ - وانظر القاموس المحيط .

(٣) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « أو » .

(٤) فى ب : « كرائم أموالكم » . وانظر الهامش التالى .

(٥) العُمُرَى ما يحمل لك طول عمرك أو عمره وعَمَرْتَهُ لِيَّامٍ وَأَعْمَرْتَهُ جَعَلْتَهُ لَهُ عَمْرَهُ أَوْ عَمْرَى (القاموس المحيط) . وانظر فيما بعد الهامش ٦ ص ٢٥٦ .

(٦) فى ا و ح : « أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ وَلَا تَعْمُرُوهَا فَإِنْ مِنْ أَعْمَرَ شَيْئًا فَهُوَ لِمَنْ أَعْمَرَهُ » - راجع الكسانى : ٦ : ١١٦ : ١٠ من أسفل .

(٧) « معنى الرُقْبَى أنه يقول إن مت أنا قبلك فهو لك وإن مت أنت قبلى فهو لى : سبى الرُقْبَى من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لأن كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته » الكسانى : ٦ : ١١٧ : ٧ . وانظر القاموس المحيط .

(٨) فى ا و ح : « و » .

في يده ، ويأخذها منه متى شاء ، وقال أبو يوسف : إذا قبضها فهي هبة ، وقوله « رُقني » ^(١) حبيسة : باطل .

ولو قال « هذه الدار لك سكنى » أو « هذه الشاة أو هذه الأرض لك منحة » - فهي عارية في قولهم جميعا ، لأن المنحة عبارة عن ^{ou, commerce ver-} بذل المنافع ، فإذا أضاف إلى عين ينتفع بها مع قيامها ، عمل بحقيقته ، فأما إذا أضاف إلى شيء لا ينتفع به ، إلا باستهلاكه ، كما إذا منحه طعاما ، أو لبنا ، أو دراهم ، أو دنائير - فإنه يكون هبة ، لأنه لا منفعة له مع قيام عينه . وعلى هذا قالوا : إن عارية الأعيان تمليك المنافع ، وعارية المكيل والموزون قرض ويكون تمليك العين .

وكذا لو قال « هذه الدار لك سكنى عمرى » ^(٢) ، أو عمرى سكنى : فهي عارية . وكذا إذا قال « هبة » ^(٣) سكنى أو سكنى هبة : فهي عارية ^(٤) . وإن قال « هذه الدار لك عمرى تسكنها أو صدقة تسكنها » : فهي هبة وصدقة ، وقوله « تسكنها أو تؤجرها أو تعيرها » : يكون مشورة ، فيكون شرطاً فاسداً ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة .

وكذا لو قال « هي لك هبة تسكنها » - فهي هبة جائزة ، لما ذكرنا . ولو وهب الرجل أمة ، على أن لا يبيعها - فالهبة جائزة ، والشرط باطل عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو قول أبي يوسف أيضا .

(١) في ب : « أر » .

(٢) في ب : « عمرى » .

(٣) « هبة » ليست في ب .

(٤) « فهي عارية » ليست في ا و ح .

وكذا لو شرط أن يتخذها أم ولد، أو^(١) أن يبيعها من فلان، أو يرُدّها عليه بعد شهر - كانت الهبة جائزة، والشرط باطل - وكان ينبغي أن لا يكون الشرط الفاسد مفسدا للعقد^(٢)، وإنما جاء الفساد لأجل النهي، والنهي ورد في البيع وما ورد في غيره^(٣)، فبقى غيره على الأصل^(٤)، إلا إذا كان في معناه^(٥)، وأصله ما روى عن النبي عليه السلام أنه أجاز المُمَرّي^(٦) وأبطل شرط^(٧) المَعْمَر.

أما شرائط الصحة :

فمنها - القبض : حتى لا يثبت الملك الموهوب له قبل القبض^(٨) - وهذا عندنا . وقال مالك : القبض^(٩) ليس بشرط .

(١) الهبة من أوب

(٢) كذا في أ و ح . وفي الأصل و ب : « وكان ينبغي أن يكون الشرط الفاسدا لا يكون مفسدا للعقد » .

(٣) هكذا في أ و ح . وفي الأصل : « لأجل النهي ، والنهي في البيع ورد لغيره .. » وفي ب : « والنهي ورد في البيع كغيره فبقى غيره .. » .
(٤) في أ و ح : « على أصل القياس » .

(٥) يوضح ذلك عبارة السكاساني (٦ : ١١٧ : ٢١) : « لأن هذه الشروط مما لم تمنع وقوع التصرف تمليكاً للحال، وهي شروط تخالف مقتضى العقد، فتبطل، ويبقى العقد على الصحة، بخلاف شروط الرقبي على ما بينا، بخلاف البيع : فإنه تبطله هذه الشروط . لأن القياس أن لا يكون قران الشرط الفاسد لعقد ما مفسدا له ، لأن ذكره في العقد لم يصح فيلحق بالمدم ويبقى العقد صحيحا، إلا أن الفساد في البيع للنهي الوارد فيه، ولأنه في الهبة، فيبقى الحكم فيه على الأصل » .
وراجع فيما تقدم من ٢٥٤ و ٢٥٥ وفي الجزء الثاني من ٦٩ وما بعدها .

(٦) المُمَرّي ما يُجعل لك طول عمرك أو عمره (القاموس) . وراجع فيما تقدم الهامشين ٥ و ٧ من ٢٥٤ .

(٧) في ب : « شرائط » . وفي ح : « الشرط » .

(٨) « القبض » ساقطة من ح .

(٩) « القبض » من أ و ح .

وأصله ما روى عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم أنهم قالوا :
« لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة » .

ومنها - أن تكون الهبة مقسومة إذا كان يحتمل القسمة ، وتجوز إذا
كان مشاعا لا يحتمل القسمة ^(١) ، سواء كانت الهبة للشريك أو غيره ^(٢) .
وقال الشافعى : هبة المشاع جائزة .

وكذلك الخلاف فى التصديق بالمشاع ^(٣) .

وأصله ما رويناه عن الصحابة أنهم قالوا : « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة
محوزة ^(٤) » ، والحيازة يراد بها القسمة ههنا ، بالإجماع .

ومنها - أن تكون الهبة متميزة عن غير الموهوب ، وغير متصلة به ،
ولا مشغولة بغير الموهوب ، حتى لو وهب أرضا فيها زرع للواهب دون
الزرع ، أو نخلا فيها ثمرة للواهب معلقة به دون الثمرة : لا يجوز . وكذلك
لو وهب ثمرة النخل دون النخل ^(٥) ، أو الزرع دون الأرض - وقبض
النخيل والثمرة والأرض والزرع : لا يجوز .

وكذا لو وهب دارا فيها متاع للواهب ، أو ظرفا فيه ^(٦) متاع
للاهب دون المتاع ، أو وهب دابة عليها حمل للواهب دون الحمل - وقبضها :

(١) « وتجوز إذا كان مشاعا لا يحتمل القسمة » ليست فى ا و ح .

(٢) فى ب : « من الشريك أو من غيره » .

(٣) « بالمشاع » من ا و ب .

(٤) راجع ما تقدم فى أول هذه الصفحة .

(٥) « دون النخل » من ا و ب و ح .

(٦) فى الأصل و ا و ب و ح : « فيها » - والظرف مذكور .

فإنه لا يجوز^(١) ، ولا يزول الملك عن الواهب إلى الموهوب له ، لأن الموهوب غير متميز عما ليس بموهوب ، فيكون بمنزلة هبة المشاع .

ولو قسم المشاع ، وسلم ما وهب^(٢) : جاز .

وكذا ، في هذه الفصول ، إذا سلم الدار فارغة عن المتاع .

وكذا إذا حصّد^(٣) الزرع ، وجز^(٤) الثمر ، ثم سلم النخل والأرض : جاز ، لأن الملك يثبت عند القبض ، فيعتبر حالة القبض ، وتكون الهبة موقوفة في حق ثبوت الملك إلى وقت الإفراز^(٥) ، وفي كون الهبة ، في الحال ، فاسدة أم لا ، اختلاف بين المشايخ^(٦) . ولكن لا خلاف أنه إذا وجد التسليم بعد القسمة ، والإفراز : جاز^(٧) .

ولو وهب دارا من رجلين ، أو كرا من طعام ، أو ألف درهم ، أو^(٧)

(١) « وقبضها فإنه لا يجوز » ليست في ا و ح . وفي ح : « دون الحمل وفيها » . وفي ا : « دون الحمل وفيها » فقط .

(٢) « ما وهب » من ا و ب و ح . وفي ا و ح : « ولو ميز الحمل والمتاع وسلم ما وهب » .

(٣) في ا و ح : « وجد » . وفي ب : « وجد » . وفي المغرب : « الجز قطع الثي الكثيف الضعيف ... ويقال : جز الصوف وجز النخل إذا صرمه . والجزاز كالجداد بالفتح والكسر إلا أن الجداد خاص في النخل والجزاز فيه وفي الزرع والصوف والثمر . وقد فرق محمد رحمه الله بينهما فذكر الجداد قبل الإدراك والجزاز بعده وهو وإن لم يثبت حسن » .

(٤) في ا : « في ثبوت الملك على الإمراز » . وفي ح : « في ثبوت الملك على إفراز » .

(٥) في ا : « خلاف بين المشايخ » . وفي ح : « خلاف من المشايخ » .

(٦) « جاز » ساقطة من ح . وفي ا : « يصح » .

(٧) الهزمة من ا و ب و ح .

شيئا مما يقسم : فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما : جائز^(١) .

والحاصل أن عند أبي حنيفة : الشيوع متى حصل عند القبض : فإنه يمنع صحة الهبة ، وإن حصل القبض^(٢) في غير مشاع : جاز - فجوز هبة الاثنين من الواحد ، ولم يجوز هبة الواحد من الاثنين . واعتبر أبو يوسف ومحمد في فساد العقد حصول الشيوع في الطرفين جميعا ، فجوزا هبة الواحد من اثنين وهبة الاثنين من الواحد^(٣) .

ولو وهب عبدا من رجلين ، أو شيئا مما لا^(٤) يقسم : جاز ، بالإجماع ، لأنه لا عبرة للشيوع فيما لا^(٥) يحتمل القسمة في باب الهبة . ولو وهب رجل لرجلين وقال : « وهبت لكما هذه الدار : لهذا نصفها ولهذا نصفها » : فهو على الخلاف الذي ذكرناه^(٦) .

ولو قال : « وهبت لك نصفها ولهذا نصفها » : لم يجز ، بالإجماع ، لأن العقد وقع في المشاع في كل نصف .

(١) في ١ : « جائزة » . وفي ب : « يجوز » . وفي ح : « لا يجوز عندنا وعندهما جائز » - « فأبو حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض ، وما يعتبرانه عند العقد والقبض جميعا . فلم يجوز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين أوجود الشباع وقت القبض . وما جوزاها لأنه لم يوجد الشباع في الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر . وجوزوا هبة الاثنين من واحد : أما أبو حنيفة رحمه الله فلم يدرم الشيوع في وقت انقبض ، وأما ما ولاندامه في الحالين ، لأنه وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض » - الكاساني ١٢١ : ٦ - ٢٤ - ٢٨ . وانظر ما بلى في المتن .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « عند القبض » . راجع الهامش السابق .
(٣) « واعتبر أبو يوسف ومحمد ... الاثنين من الواحد » ليست في ب . وفي ا و ح كذا : « وحصول الشيوع (في ح : الترويع) في الطرفين جميعا فجوز هبة من الاثنين والاثنين » وراجع فيما تقدم الهامش ١ .

(٤) و (٥) « لا » ليست في ح .

(٦) في هذه المسألة بين النسخ خلاف انفضى بحت .

ولو قال: « وهبت لكما هذه الدار : لهذا ^(١) ثلثها ولهذا ثلثاها » : جاز
عند محمد ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف : لا يجوز - فيها مراعى أصلهما ،
وأبو يوسف ^(٢) فرق عند مخالفة النصيبين ، كما لو رهن عينا واحدة من
اثنين : لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان ^(٣) ، فكذلك هذا ^(٤) .

ثم إن عند أبي حنيفة : إذا قسم وسلم إلى كل واحد منهما حصته ^(٥)
مُفَرَّزَةً : جاز ، لما قلنا .

ولو تصدق بعشرة دراهم على مسكينين : جاز ^(٦) . ولو تصدق على
غنيين : لم يجوز عند أبي حنيفة ، كالهبة من اثنين - لأن الصدقة تقع من

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « ولهذا » .

(٢) في ا و ح : « ومحمد » وهو خطأ كما يتبين من المتن فيما تقدم (ص ٢٥٩) : قال
البارقي في العناية شرح الهداية (٧ : ١٢٨) « اعلم أن التفصيل في الهبة إما أن يكون ابتداء
أو بعد الإجمال . وإن كان الأول : لم يجوز بلا خلاف سواء كان التخصيص بالتفصيل كقوله « وهبت
لك ثلثي » لشخص و « وهبت لك ثلثي » لآخر أو بالتساوي كقوله لشخص « وهبت لك نصفه »
ولآخر كذلك - ولم يذكره في الكتاب . وإن كان الثاني : لم يجوز عند أبي حنيفة مطلقا ،
أى سواء كان متفاضلا أو متساويا - مر على أصله ، وجاز عند محمد مطلقا - مر على أصله .
وفرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضلة : ففي المفاضلة : لم يجوز ، وفي المساواة : جوز في
رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله : وعن أبي يوسف في روايتان - هذا الذي يدل عليه
ظاهر كلام المصنف . وصاحب الهاية جمل قوله « ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها » عن أبي
يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا ، ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والإيضاح وغيرها أنه لم
يجز بلا خلاف ، وليس بظاهر ، لأن المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الإجمال فالظاهر أنه
ليس ابتدائيا ... الخ » .

(٣) زاد هنا في ا و ح : « جاز » .

(٤) راجع فيما تقدم الهامش ٢ .

(٥) « حصته » من ب .

(٦) « ولو تصدق بعشرة ... جاز » ليست في ا و ح .

المتصدق لله تعالى ، لا للفقير ، فلا يتحقق الشروع ^(١) ، والصدقة من الغنيين ^(٢) هبة : فلم تجز ، وقيل : على قوله : تجوز الصدقة من الغنيين ، لأنه يحل لها صدقة التطوع ^(٣) .

ولو وهب رجل لرجل مافي بطن جاريته أو غنمه أو مافي ^{لمدى الميزان} ضرورها ، أو وهب له ^{تقريباً} ثمنها في ابن ، أو زبداً قبل أن يَخْضُ ^(٤) ، أو دهنًا في سمسهم قبل أن يعصر ، أو زيتا في زيتون ، أو دقيقا في حنطة - وسلطه على قبضه عند الولادة ، وعند استخراج ذلك : فإنه لا يجوز ، لأن بعض هذه الأشياء معدوم عند العقد ، أو معجوز التسليم لمعنى في الحل ، أو مجهول حتى لا يكون محلا للبيع ، وإذا كان هكذا ، فيكون فاسدا ، لا موقوفا ^(٥) ، بخلاف ما ذكرنا من هبة المشاع ، والموهوب المتصل بغيره : حيث يجوز إذا سلم بعد الإفراز والفصل ، لأن المشاع ^(٦) قابل لحكمه ، لكن المانع هو المعجز عن التسليم ، لمعنى في غيره ، فإذا زال المانع فينقلب جائزا .

(١) هكذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « التبرع » : راجع المرغباني ، الهداية ٧ ، ١٢٨ وكذا شروحا في نفس الصحيفة .

(٢) « من الغنيين » ليست في ا و ح .

(٣) في ب : « لأنه محل صدقة التطوع » . وفي ا : « من الغني لأنه محل الصدقة التطوع » .

وفي ح : « من الغني لأنه محل التصرف للتطوع » .

(٤) يخض اللبن في المعضنة وهي الإناء الذي يخض فيه اللبن أي يفرب ويحرك حتى

يخرج منه الزبد (المنرب) .

(٥) راجع س ٦٢-٦٩ من الجزء الثاني .

(٦) زاد هنا في ا و ب و ح : « محل » - « والموهوب المتصل بغيره ... لأن

المشاع » ليست في ب .

ولو وهب جارية أو حيوانا ، واستثنى الحمل : جازت الهبة في الأثم والحمل ، جميعا ، وبطل الاستثناء . وجملة هذا أن العقود على ثلاثة أضرب ^(١) :

أحدها - إذا عقد على الأثم ، دون الحمل : فسد العقد ، وبطل الاستثناء ، وهو كالبيع والإجارة والرهن ، لأن الحمل تبع للأثم في هذه العقود ، فكان موجه ثبوت الحكم في الكل ^(٢) ، فإذا استثنى الحمل فقد نفى بعض ^(٣) موجب العقد ، ففسد العقد ^(٤) .

والثاني - أن يصح ^(٥) فيه العقد ، ويبطل الاستثناء ، وذلك مثل الشكاح والخلع ^(٦) والصلح عن دم العمد والهبة ، لأن موجه أن يثبت الحكم ^(٧) في الكل . وقد نفى ^(٨) بعض الموجب ، بالاستثناء . فيكون شرطا فاسدا ، والهبة ^(٩) لا تبطل بالشروط الفاسدة .

والثالث - يجوز العقد والاستثناء - وهو الوصية ^(١٠) : إذا أوصى بجارية إلا حملها ، صحت الوصية في الجارية ، وبقي الحمل ^(١١) للورثة ، لأن الحمل

(١) في ا و ح : « أوجه » .

(٢) في ا و ح : « فكانت موجبة لثبوت الحكم » ا هـ .

(٣) « بعض » ساقطة من ا و ح . وفي ب : « وقد بقي بعض » .

(٤) « العقد » من ب .

(٥) في ب : « أن لا يصح » وهو خطأ .

(٦) « والخلع » من ا و ب و ح . راجع « باب الخلع » ص ٢٩٩ وما بعدها من

الجزء الثاني .

(٧) « الحكم » من ب .

(٨) في ح : « بقي » .

(٩) ربما كان الأولى أن يقول : « وهذه العقود » .

(١٠) في ا و ح : « والاستثناء في الوصية » .

(١١) في ا و ح : « في الجارية والحمل » .

أصل في حق هذا^(١) التصرف ، حتى تجوز الوصية بالحل ، فجاز الاستثناء .

ولو أعتق مافي بطن جاريته ، ثم وهبها : جازت الهبة في الأثم .
ولو دبر مافي بطن جاريته ، ثم وهبها^(٢) : لم يجز - فمن أصحابنا من
قال في المسألة روايتان ، ومنهم^(٣) من فرق بين التدبير والائتاق .

ولو وهب عبدا ، أو ثوبا ، أو عينا من الأعيان ، مفرزا ، مقسوما ،
ولم يأذن له في قبضه ، فقبضه الموهوب له^(٤) : فإن^(٥) كان بحضرة الواهب
يجوز استحسانا ، والقياس أن لا يجوز : ذكرها في الزيادات . وإذا^(٦) قام
من المجلس ، ثم قبض : لا يصح^(٧) ، لأن القبض في الهبة بمنزلة القبول
في حق إثبات الحكم ، وذلك يصح في المجلس لا بعده . كذلك هذا .
ولو وهب ديناله ، على رجل ، ارجل^(٨) ، وأذن له بقبضه ممن عليه^(٩) :
جازت الهبة ، إذا قبض ذلك ، استحسانا ، والقياس أن لا^(١٠) يجوز ،
وهو قول زفر . ولو لم يأذن له في قبض الدين : لم تجز الهبة ، وإن

(١) « هذا » من ا و ب و ح .

(٢) « جازت الهبة في الأثم ولو . . ثم وهبها » ساقطة من ح . راجع « باب المدبر »
ص ٤١١ وما بعدها من الجزء الثاني .

(٣) هكذا في ا و ب و ح وفي الأصل : « فمنهم » - راجع الكاساني ، ٦ : ١٢٥ : ١٩ .

(٤) « له » من ا و ب و ح .

(٥) البناء من ب .

(٦) في ب : « فإن » . وفي ا و ح : « ولأن » .

(٧) في ا : « لا تصح » .

(٨) « لرجل » من ب .

(٩) في ا و ح : « في قبضه ممن له عليه » .

(١٠) « لا » ساقطة من ح .

قبضه الموهوب له بحضرة الواهب^(١).

ولو وهب العارية ، أو الوديعة ، وكل أمانة في يد إنسان من صاحب اليد : فإنه يجوز ، ويثبت الملك الموهوب له ، وينوب قبض الأمانة عن قبض الهبة ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يكون قابضا حتى يتمكن من قبضه بالتخلية - ووجه^(٢) الاستحسان أن الهبة تبرع ، وقبض الأمانة ينوب عنه ، بخلاف ما إذا باع من المودع ، لأن البيع عقد ضمان ، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان .

ولو كانت العين مضمونة في يد إنسان ، بالمثل أو بالقيمة ، كما في الغصب والمقبوض على سوم الشراء ، فوهبها^(٣) من صاحب اليد : تصح الهبة ، ويبرأ عن الضمان ، فيكون^(٤) قبضا غير مضمون .

ولو كانت مضمونة بغيرها ، كالرهن والمبيع^(٥) ، فوهبها المالك ، لمن^(٦) هي في يده - فإنه لا يكون قابضا بذلك^(٧) ما لم يقبضها^(٨)

(١) هنا تكرار في ب .

(٢) واو المظف من ا و ب و ح .

(٣) في الاصل وا و ب و ح : « ولو كان العين مضمونا ... فوهبه (في ب : فوهب) »
فحمل العين مذكرا وسار على ذلك في الغالب في هذه الفقرة والتي بعدها فجعلنا العبارة على أساس أن « العين » مؤنثة .

(٤) في ب : « ويكون » .

(٥) لاذ الرهن مضمون بالدين والمبيع مضمون بالثمن .

(٦) في ا و ب و ح : « فوهب ذلك لمن » .

(٧) كذا في ا و ح . وفي الاصل و ب : « لذلك » .

(٨) انظر الهامش بعد التالي .

قبضاً مستأنفاً بعد^(١) عقد الهبة ، لأنها إذا كانت مضمونة بغيرها لم تصح البراءة عنها^(٢) بالهبة ، فلا يصير قبض أمانة ، ولا بد من تجانس القبضين حتى يتساويا^(٣) .

. . .

ثم إذا صحت الهبة عند وجود شرائطها واحتجنا إلى :

بيانه الحكم - فنقول :

حكم الهبة ثبوت المالك^(٤) الموهوب له ، غير لازم ، حتى يصح الرجوع والفسخ^(٥) عندنا .

وعند الشافعى : يقع المالك لازماً ، إلا فى هبة الوالد لولده .

لكن يكره الرجوع فى الهبة ، لأنه من باب الدناءة^(٦) .

والموهوب له أن يتمتع عن الرد .

ولا يصح الرجوع إلا بتراض أو بقضاء القاضى ، لأنه فسخ بعد

تمام العقد ، فصار كالفسخ بسبب العيب بعد القبض^(٧) .

(١) فى ا و ح : « عند » .

(٢) فى الأصل و ا ر ب و ح : « ما لم يقبضه ... لأنه إذا كان مضموناً بغيره لم يصح البراءة عنه » انظر الهامش ٣ من الصفحة السابقة .

(٣) فى ا و ح : « حتى تساويا » .

(٤) فى ح : « المال » .

(٥) « والفسخ » من ا و ب و ح .

(٦) فى ح : « الرياء » . والدناءة هى الخبسة أو الخساسة ورجل دنى أى خسيس

(زاجع المقرب والمنجد) .

(٧) زاجع فى الجزء الثانى ص ١٣٩ وما بعدها .

وإنما يمتنع الرجوع بأسباب :

منها - العوض ، للحديث : « الواهب أحق بهبته مالم يثب منها » - أى يعوّض^(١) .

ولكن العوّض نوعان : عوض مشروط^(٢) فى العقد ، وعوض متأخر عن العقد^{بدل} :

أما المشروط فى العقد - بأن قال « وهبت لك هذا العبد على أن تعوضنى هذا الثوب » - < ف > حكمه^(٣) أن لكل واحد أن يرجع فى السلمتين جميعا ، مالم يتقابضا . وإن^(٤) قبض أحدهما دون الآخر : كان للقابض وغير القابض الرجوع . فإذا تقابضا جميعا : انقطع الرجوع^(٥) ، وصار بمنزلة البيع^(٦) ، وإن كان عقده عقدا هبة ، حتى يرد كل واحد منهما^(٧) بالعيب ، ويرجع فى الاستحقاق ، وتثبت الشفعة - وهذا عندنا ، وعند زفر : عقده عقد بيع - حتى^(٨) يشترط القبض عندنا^(٩) ، لثبوت الملك^(١٠)

(١) فى ا و ح : « أى لم يعوض » . وفى ب : « أى مالم يعوض » .

(٢) فى ح : « مشروع » انظر ما يلى فى المتن .

(٣) فى الأصل و ا و ب و ح : « وحكمه » .

(٤) فى ا و ح : « فإن » .

(٥) « فإذا تقابضا جميعا انقطع الرجوع » ليست فى ب .

(٦) كذا فى ب و ح وفى الأصل و ا : « المبيع » .

(٧) « منها » ليست فى ب .

(٨) « حتى » ليست فى ح . وفى ا : « فيشترط » .

(٩) « عندنا » ليست فى ب .

(١٠) « الملك » ليست فى ح .

في هذه الهبة ، ولا يصح في الشيوع ^(١) ، وعنده بخلافه .

فأما العوض المتأخر عن العقد - فهو لا يسقط الرجوع ، فلا يصير في معنى المعاوضة ، لا ابتداء ولا انتهاء ، وإنما يكون المال الثاني ^(٢) عوضاً عن الأول بالاضافة إليه نصاً ، بأن أعطى للواهب شيئاً ، وقال « هذا عوض عن هبتك » ، أو « قد ^(٣) نحلكتك هذا عن هبتك » أو « كافأتك » أو « جازيتك » ، أو « أثبتك » ، أو قال « هذا بدل هبتك » ^(٤) أو « مكان هبتك » ^(٥) أو « قد ^(٦) تصدقت بهذا عليك بدلاً من هبتك » - فإن هذا عوض في هذه الوجوه إذا وجد قبض ^(٧) العوض ، ويكون العوض هبة : تصح بما تصح به الهبة ، وتبطل بما تبطل به الهبة .

فأما إذا لم يضاف العوض إلى الهبة الأولى : < فإنها > تكون ^(٨) هبة مبتدأة ، ويثبت حق ^(٩) الرجوع في الهبتين جميعاً .

ومنها - العوض من حيث المعنى ، وهو ليس بعوض مالى ، كالثواب

(١) فى ا و ح : « فى الشائع » .

(٢) « الثانى » من ب وليس فيها كلمة « المال » .

(٣) « قد » ليست فى ا و ب .

(٤) فى ا و ح : « عن هبتك » .

(٥) هنا تكرار فى ب .

(٦) « قد » ليست فى ب .

(٧) فى ا و ح : « وقبض » .

(٨) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « حيث تكون » .

(٩) « حق » ليست فى ا و ح .

في الصدقة : فإنه يكون عوضا مانعا من الرجوع ، وكصلة الرحم المحرم^(١) ، وصلة الزوجية ، حتى لا يصح الرجوع في هبة ذوى الأرحام المحارم^(٢) ، وهبة الزوجين ، لأنه قد حصل العوض معنى .

ومنها - إذا زادت^(٣) في الهبة زيادة متصلة ، بفعل الموهوب له ، أو بفعل غيره ، أن كانت جارية^(٤) مهزولة فسميت^(٥) ، أو كانت دارا فبنى الموهوب له فيها بناء ، أو كانت أرضا فغرس فيها أشجارا ، أو^(٦) نصب فيها دولا^(٧) ، وهو مثبت في الأرض مبنى فيها ، أو كان ثوبا فصبغه بمصفر ، أو قطعه قيصا وخاطه ، لأن الموهوب اختلط بغيره ، والرجوع لا يمكن في غير الموهوب ، فامتنع أصلا^(٨) .

فأما الزيادة المنفصلة ، كالأرض والولد والعقر^(٩) : > ف > لا تمنع^(١٠) الرجوع ، لأنه يمكن الفسخ في الأثم والأصل ، دونها ، بخلاف زوائد

(١) « المحرم » من اوب و ح .

(٢) في ب : « المحرمة » . وفي ا و ح : « المحرم » .

(٣) في اوب و ح : « زاد » .

(٤) « جارية » من اوب و ح .

(٥) الهزمة من اوب و ح .

(٦) « الدولاب » بالفتح المنجنون التي تديرها الدابة . و « الناعور » ما يديره الماء (المغرب)

وفي القاموس : « الدولاب بالضم ويفتح : شكل كالناعورة يستقى به الماء - مغرب » . وفي الكاساني

(٦ : ٢٠ : ١٢٩) : « أو نصب دولا^(٧) وغير ذلك مما يستقى به » .

(٧) « أصلا » ليست في ا .

(٨) الأرض دية الجراحات . والعقر سداق المرأة إذا وطئت بشبهة (المغرب) - وراجع

فيما تقدم ص ١٥١ وما بعدها وص ٢١٢ وما بعدها .

(٩) هكذا في اوب و ح . وفي الأصل : « لا يمكن » .

المبيع ، لأن ثم يؤدي إلى الربا ، لأنه عقد معاوضة ، بخلاف الهبة .
وأما نقصان الموهوب : <ف> لا يمنع الرجوع ، لأنه فات بمضيه ، ولو
كان السكل قائماً فرجع في البعض دون البعض ، جاز - فكذا^(١) هذا .
ومنها - خروج الموهوب عن ملك الموهوب له . بأن باع أو وهب ،
لأن اختلاف المملكين^(٢) كاختلاف العينين .

وكذا إذا مات الموهوب له ، لأن الملك^(٣) ينتقل إلى ورثته .

وكذا إذا مات الواهب ، لأنه ينتقل إلى ورثته .

وكذا لو هلك الموهوب ، لأنه زال الملك ، فلا يحتمل الفسخ .

ثم الرجوع في الهبة بغير القضاء^(٤) : ففسخ عندنا - حتى يجوز في المشاع ،
ولا يشترط القبض ، خلافاً لـ زفر - والمسألة معروفة .

ولو وهب رجل لابنه الصغير شيئاً - صحت الهبة ، لأن قبض الأب
كقبضه ، وكذا قبض جده بعده^(٥) ، وقبض وصي الأب ، والجد بعدهما ،
حتى لو وهب هؤلاء من الصغير^(٦) ، والمال في أيديهم - صحت الهبة ،
ويصيرون قابضين للصغير ، وعلى هذا قالوا : إذا باع الأب ماله ، من

(١) الفاء من ا و ح .

(٢) في ف : « المالين » .

(٣) « لأن الملك » ليست في ح .

(٤) « القضاء » ساقطة من ا و ح .

(٥) « بعده » ليست في ا .

(٦) في ا و ح : « من الصغير والموهوب » .

ابنه الصغير ، ثم هلك المبيع عقيب البيع ، كان الهلاك على الصغير ، لأنه صار قابضا بقبض الأب .

وكذلك لو وهب أجنبي للصغير شيئا ، فقبض ذلك أحد هؤلاء الأربعة ، لأن لهم ولاية التصرف في ماله .

ومن غاب منهم غيبة منتظمة ، فالولاية^(١) تنتقل إلى الأبعد ، كما في ولاية النكاح .

ولا يجوز قبض غير هؤلاء عنه ، أجنبيا كان أو ذا رحم محرم منه ، لأنه لا ولاية لهم عليه ، إلا إذا كان الصغير في حجره وعياله ، فيكون قبضه للهبة بمنزلة إيصال النفع إليه ، ويكون من باب الحفظ .

ولو قبض الصغير ، العاقل ، ما وهب له واحد من هؤلاء الأربعة — جاز قبضه^(٢) ، استحسانا ، والقياس أن لا يجوز^(٣) ، لأن هذا من باب النفع ، وقبض هؤلاء جائز عليه أيضا ، وإن كان عاقلا ، لأن النظر الكامل في هذا أن يملك كل واحد منهما ذلك^(٤) .

ولو وهب الأب مال الصغير : لا يجوز ، لأنه تبرع . ولو وهب بشرط

(١) هكذا في ا و ب و ح . ونرى الأصل : « ولو غاب منهم غيبة منتظمة ، قالوا : له ينتقل ... » .

(٢) « قبضه » ليست في ب .

(٣) « والقياس أن لا يجوز » من ا و ب و ح .

(٤) في ا و ح : « لأن نظر العاقل أن يملك كل واحد منهم ذلك » راجع : السرخسي ،

المبسوط : ١٢ : ٦٢ والبارقي ، الناية ، ٧ : ١٢٦ .

الموض، وقبل^(١) الآخر الموض - لم يجوز ذلك^(٢) في قول^(٣) أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يجوز - فأبو حنيفة اعتبر نفس الهبة، وهى من باب التبرع، ولا يملك الأب ذلك، ومحمد يقول: هذا^(٤) بمعنى البيع. وعلى هذا الخلاف^(٥): المأذون والمكاتب، إذا وهبا بشرط الموض - لم يجوز، عندهما - خلافا له.

. . .

ولو وهب رجل، لعبد رجل - فإن القبول والقبض إلى العبد، دون مولاه، ويكون الملك للمولى بحكم أنه كسب عبده لأن الغرض هو وجه العبد^(٦) فيكون هبة له، ولا يجوز قبض المولى^(٧) وقبواه عنه، سواء كان على العبد دين أو لم يكن، لأنه هبة للعبد. وكذلك الجواب فى المكاتب: أن قبول الهبة وقبضها إليه، دون مولاه، لأنه أحق بكسبه. ويكون للواهب الرجوع إذا كان العبد أجنبيا فى حقه، وإن كان^(٨)

(١) فى ا و ح: « وقبض » .

(٢) « ذلك » من ا و ب و ح .

(٣) فى ح: « عند » .

(٤) « هذا » ليست فى ب . وفى ا: « هى » . وفى ح: « هو » .

(٥) « الخلاف » من ا و ب و ح .

(٦) « الغرض هو وجه العبد » هكذا فى ا و ح . وفى الاصل العبارة غير مفهومة .

(٧) « ويكون الملك للمولى ... قبض المولى » ليست فى ب .

(٨) « وإن كان » من ب . وفى الاصل بدلها: « فإن انتقل انتقل ... » . وفى ا و ح:

« وإن » فقط .

انتقل الملك إلى مولاه، لأن ملك العبد غير مستقر فيه^(١)، فكان الملك وقع المولى ابتداء.

وكذلك في المكاتب : إن عتق فظاهر ، لأنه استقر ملكه ، وإن عجز ، وصار كسبه للمولى ، فله حق الرجوع في قول أبي يوسف ولم يجز الرجوع في قول محمد - بناء على أن عند أبي يوسف : كأن الملك وقع المولى من الابتداء ، وعند محمد : كأنه ثبت من وقت العجز.

ولو وهب الرجل لعبد رجل هبة، والواهب ذو رحم محرم من العبد، دون المولى^(٢)، فإنه يرجع^(٣)، بالاتفاق^(٤). وأما إذا كان المولى ذا رحم محرم^(٥) من الواهب دون العبد : > فـ عند أبي حنيفة : يرجع أيضا ، وعندهما : لا يرجع - وهذا بناء على أن الملك في الهبة^(٦) يقع للمولى ، فيكون هبة من المولى عندهما ، وإن كان ذا رحم محرم^(٧) : لا يرجع ، وإن كان أجنبيا : يرجع ، ولا عبرة لجانب العبد ، وعند أبي حنيفة : هذا

- (١) في ب : « غير مستقر من وجه » . وفيها وردت عبارة « لأن ملك العبد غير مستقر بعد عبارة « وقع المولى ابتداء » الآتية .
- (٢) انظر الهامش بعد التالي .
- (٣) في ا و ح : « لا يرجع » والصحيح ما في المتن - راجع السرخسي ، المبسوط ، ١٢ : ٥٨ : ٤ : من أسفل .
- (٤) في ا و ب و ح العبارة كالآتي : « ولو وهب رجل لعبد رجل هبة : أجمعوا أن العبد إذا كان ذا رحم محرم من الواهب فإنه لا يرجع (وفي ب : يرجع) » ا هـ .
- (٥) « محرم » من ا و ب و ح .
- (٦) « في الهبة » ليست في ا و ح .
- (٧) « محرم » من ا و ح .

هبة للمولى من وجه، وللعبد^(١) من وجه، فلا تكون^(٢) صلة كاملة فى حق^(٣) كل واحد على الانفراد، والصلة الكاملة مانعة للرجوع^(٤)، فلا^(٥) تتمدى إلى الصلة من وجه.

فأما إذا كانا جميعا ذوى^(٦) رحم محرم^(٧) من الواهب : ذكر أبو الحسن الكرخى^(٨) عن محمد أن قياس قول أبي حنيفة : أن يرجع، لأنه لم يكن لكل واحد منهما^(٩) صلة كاملة.

وقال أبو جعفر الهندوانى^(١٠) : ليس له أن يرجع فى قولهم جميعا^(١١)، لأن الهبة - لآيهما كانت - تمنع الرجوع^(١٢).

وعلى هذا التفريع : لو وهب للمكاتب وهو^(١٣) ذو رحم محرم من الواهب، أو مولاه ذو رحم محرم^(١٤) من الواهب :

(١) فى ا و ح : « هبة من المولى ... من العبد » .

(٢) فى ب و ح : « ولا يكون » . وفى ا : « فلا يكون » .

(٣) « حق » من ا و ب و ح .

(٤) فى ا و ح : « من الرجوع » .

(٥) فى ح : « ولا » .

(٦) فى ا و ح : « كانوا جميعا ذو » - والمقصود المولى والعبد .

(٧) « محرم » من ا و ب و ح .

(٨) « الكرخى » من ا و ح . وكذا فى السرخسى ، المبسوط : ١٢ : ٦٠ .

(٩) « منهما » من ا و ح .

(١٠) راجع ترجمته فى الجزء الأول فى الهامش ه ص ١٩ من المقدمة

(١١) « جميعا » من ا .

(١٢) « الرجوع » ليست فى ا و ح .

(١٣) « للمكاتب وهو » ليست فى ا و ح . وفى ب : « لم يكاتب وهو » .

(١٤) « محرم » من ب .

فإن أدى المكاتب : اعتبر حاله ، لأنه استقر ملكه بالعتق .
وإن عجز^(١) : ففى^(١) قياس قول أبي حنيفة : يعتبر حال المولى ، كأن
الهيئة وقعت له من الابتداء . وعند محمد : لا يرجع ، لأن الكسب كان
للمكاتب ، وعند العجز ينتقل^(٢) إلى المولى .

. . .

ولو وهب الرجل أولاده^(٣) ، فسلم إلى الكبار حصتهم ، وقبض هو
حصّة الصغار - جاز ، لما قلنا . ولكن ينبغي أن يسوى بين أولاده ، فى
الهيئة ، فى قول أبي يوسف ، وفى قول محمد : يجزيه إن أعطاهم^(٤) على
قدر موارثهم - والله أعلم بالصواب .

(١) فى ا و ح : « فلى » .

(٢) فى ا و ح : « انتقل » .

(٣) فى ا و ح : « لأولاده » .

(٤) فى ا و ح : « أن يعطيهم » .

كتاب

الوديعة

اعلم^(١) أن عقد الوديعة مشروع ، ومندوب إليه ، لأن فيه إئانة لصاحبها^(٢) لحفظ^(٣) ماله ، والله تعالى يقول : « وتعاونوا على البر والتقوى »^(٤) .

ثم عقد الوديعة استحقاق من المودع ، واثمان له^(٥) ، فتكون الوديعة أمانة في يد المودع ، لوجود الاثمان من المودع ، ويلزمه حفظها^(٦) ، إذا قبل الوديعة ، لأنه التزم الحفظ ، فيجب عليه أن يحفظ على الوجه الذي يحفظ ماله ، بحرزه ، ويده^(٧) ، ويبد من كان ماله^(٨) في يده - بمعنى^(٩) بحرزه : الذي هو ملكه ، أو يستأجره ، أو يستعيره ، وليس الشرط أن يحفظه

(١) في ا و ح : « قال رحمه الله : اعلم » .

(٢) في ا و ح : « لصاحبه » .

(٣) في ا و ب و ح : « بحفظ » .

(٤) المائدة : ٢ والآية : « يا أيها الذين آمنوا لا تجعلوا شراك الله ولا الشهر الحرام ولا الهدي ولا القلائد ولا آميين البيت الحرام يبتغون فضلا من ربهم ورضوانا وإذا حللتم فاصطادوا ولا يجرمنكم شنآن قوم أن صدوكم عن المسجد الحرام أن تعتدوا وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان واتقوا الله إن الله شديد العقاب » .

(٥) « له » ليست في ا و ح .

(٦) في ا و ح : « الحفظ » .

(٧) « ويده » من ب .

(٨) « ماله » ليست في ا و ح .

(٩) في ا و ب و ح : « بمعنى » .

ففى الحرز الذى يحفظ ^(١) فيه ماله . ونعنى بيد ^(٢) من كان ماله فى يده ^(٣) :
كل من كان فى عياله ، حتى المستأجر ^(٤) الذى استأجره مشاهرة بنفقته
وكسوته ، دون الذى استأجره بالدراهم أو المستأجر مياومة ، ويدخل فيه
العبد المأذون الذى ^(٥) فى يده ماله ، وشريك المفازضة والعنان ^(٦) ، وإن
لم يكونوا فى عياله .

. . .

ثم إذا أخرجه من يده ، ودفعه إلى غيره ، ودبعة : يصير ضامنا ، لأنه
رضى بحفظه ، دون حفظ غيره ، من غير ^(٧) ضرورة ، حتى إذا وقع الحريق
ونحوه فى داره ^(٨) فأودع غيره : لا يضمن .

وأما مودع المودع - هل يضمن أو هلكت الودبعة ؟ فعند أبى حنيفة :
لا يضمن ، وعند أبى يوسف ومحمد : يضمن ، والمالك بالخيار : إن شاء ضمن
المودع الأول ، وإن شاء ضمن ^(٩) الثانى ؛ فإن ضمن الأول : لا يرجع على
الثانى ، وإن ضمن الثانى : يرجع على الأول .

(١) « فى الحرز الذى يحفظ » ساقطة من أ .

(٢) « بيد » ليست فى أ و ح وفيهما : « يعنى » . وفى ب : « وبني يده » .

(٣) زاد فى أ و ب و ح هنا : « حتى يدخل فيه » .

(٤) كذا فى أ و ب . وفى ح : « على المستأجر » . وفى الأصل : « حتى إن استأجر » .

(٥) « الذى » من أ و ب و ح .

(٦) « والعنان » ليست فى ح بل فيها « وشريك المفازضة » فقط . وفى أ و ب : « وشريك

المفازضة وشريك العنان » . وراجع فيما تقدم س ٤ وما بعدها .

(٧) « من غير » ليست فى أ و ح .

(٨) « فى داره » من أ وفيها : « فى داره فأودع عند غيره » . وفى ح : « فى دار » .

(٩) « ضمن » من أ و ب و ح .

ولو استهلك الثاني الوديعة: فلصاحب الوديعة الخيار في تصمينها: فإن ضمن الأول: يرجع < الأول > على الثاني^(١)، لأنه يصير ملكاً له، بالضمان، فكأنه أودع ماله عنده^(٢)، وإن ضمن الثاني: لا^(٣) يرجع على الأول - والمسألة معروفة .

. . .

فإن استرد المودع الأول، من الثاني، وحفظه^(٤) بنفسه: يبرأ عن الضمان، عندنا - خلافاً للشافعي .

وعلى هذا: إذا استعمل الوديعة، بأن ركب الدابة، ولبس الثوب - ثم نزل، ونزع: يعود أميناً، عندنا، خلافاً للشافعي - والمسألة معروفة^(٥). وفي المستأجر والمستعير، إذا خالفاً، ثم تركا الخلاف: بقي الضمان - وعند بعضهم: هذا^(٦) بمنزلة المودع .

. . .

ولو سافر بالوديعة: لا يضمن، عند أبي حنيفة، ولو أودع إنساناً:

(١) « وإن ضمن الثاني ... يرجع على الثاني » ليست في ا و ب و ح - راجع: الكاساني، ٦ : ٢٠٨ وما بعده .

(٢) « فكأنه ... عنده » ليست في ا و ب و ح .

(٣) « لا » ليست في ا و ب و ح . والصحيح ما في المتن (راجع الكاساني، ٦ : ٢٠٨ : ٨ من أسفل) .

(٤) في ب : « وحفظ » .

(٥) في ا و ب و ح زيادة فيها : « والمسألة معروفة : أن المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق » .

(٦) في ا و ب و ح : « هما » .

ضمن . وعندهما^(١) : يضمن - والمسألة معروفة^(٢) .

. . .

ولو رد الوديعة إلى بيت المودع ، من غير حضرة المودع : يضمن .
وكذا إذا رد إلى يد من في عيال المالك ، لأنه لم يرض بيدهم حيث
أودع ، وفي الإجارة والعارية : لا يضمن ، لعادة الناس ، حتى إن العارية
إذا كانت شيئاً نفيساً - قالوا : يضمن ، وقيل^(٣) أيضاً في الثياب كذلك ،
وإنما العادة في بعض آلات البيت^(٤) .

ولو بعث الوديعة مع^(٥) من كان في عياله : لا يضمن .

. . .

ولو قال له^(٦) : « احفظها في هذه الدار ولا تحفظ في هذا البيت » ،
وإنه مثل غيره في الحرز - < ف > لو حفظ في غيره : لا يضمن^(٧) ، بخلاف
الدارين .

ولو قال : « احفظ في هذا المصّر ولا يخرج » - يجب عليه الحفظ^(٨) في

(١) « عندهما » ساقطة من ا و ح . ففيها : « ويضمن » .

(٢) في الكاساني (٦ : ٢٠٩ : ١٥) : « وله أن يحفظ في الحضر والسفر بأن يسافر
بها عند أبي حنيفة سواء كان للوديعة حل ومثونة أو لم يكن . وعند أبي يوسف ومحمد : إن كان لها
حل ومثونة : لا يملك المسافرة بها . وإن لم يكن : يملك . وقال الشافعي رحمه الله : لا يملك
كيفما كان » .

(٣) في ب : « وقالوا » .

(٤) زاد في ا و ح : « مثل القماش ونحوه » . وفي ب : « مثل القماش » .

(٥) هكذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « إلى » .

(٦) « اه » من ب .

(٧) في ا و ح : « في الحرز فحفظه فيه : لا يضمن » .

(٨) « الحفظ » من ب . وفي ا و ح : « حفظه » .

ذلك المصّر ، إلا إذا كان ثمة عذر ظاهر ، بأن قصد السلطان أخذه ، فأخرج<ه> مع نفسه^(١) .

. . .

ولو قال المودّع: «هلكت الوديعة عندي» أو «رددتها إليك» ، وأنكر المودّع وقال: «لا»^(٢) ! بل أتلّفها - فالقول قول المودّع ، لأنه أمين في ذلك ، ولكن مع اليمين ، لأنه لو أقر بذلك يلزمه ، فإن أقام المودّع البيّنة على الاتّلاف : يضمن المودّع^(٣) . وكذا إذا حلف المودّع على الاتّلاف ، فنسك . فلو أقام المودّع البيّنة على أنه أتلّفها المودّع^(٤) وأقام المودّع^(٥) البيّنة على أنها هلكت ، فبيّنة المودّع أولى ، لأنها أكثر إثباتاً . ولو أقام على إقرار المودّع أنها^(٦) هلكت : يقبل ، ويكون إكذاباً لبيّنته^(٧) .

ولو طلب المودّع يمين المودّع : «بالله ما أعلم أنها هلكت» - فالقاضي يحلفه - فإن حلف : يقضى^(٨) بالاضمان ، وإن نكل : يقضى بالبراءة .

(١) «مع نفسه» من ا و ب و ح . وفي الأصل : «فأخرج صح» .

(٢) «لا» ليست في ا و ح . وفي ب : «لا ! بل أتلّفها» .

(٣) في ا و ح : «فإن أقام المودّع البيّنة على أنها هلكت فبيّنة المودّع أولى» .

(٤) «فلو أقام المودّع . . . المودّع» من ا و ب و ح .

(٥) «وأقام المودّع» ساقطة من ح .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : «على أنها» .

(٧) في ح كذا : «فقبل ويكون إكذاباً بالبيّنة» . وفي ا : «فقبل ويكون إكذاباً

بالبيّنة» .

(٨) في ا و ب و ح كذا : «بقي» .

وعلى هذا - إذا جَحَدَ الوديعه : فالقول قوله .

ولو أقام المودع البينة على الوديعه : يضمن المودع - فإن أقر بالوديعه ، وأقام المودع البينة على أنها هلكت قبل ججوده الوديعه : لا يقبل ، لأنه بالجحود أ كذب يئنته^(١) . وإن أقام على إقرار المودع ، بذلك : يقبل .
ولو طلب من القاضى أن يحلف المودع « بالله ما يعلم أن الوديعه هلكت قبل ججوده إياها » : يحلفه^(٢) - فإن حلف : يقضى بالضمان ، وإن نكل : يقضى بالبراءة .

. . .

ولو أودع رجلان عند رجل وديعه ، وغابا ، ثم حضر أحدهما :
<ف> ليس له أن يدفع إليه حصته ، ما لم يجتمعا ، وإن طلب منه عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : له أن يقسم ، ويدفع إليه^(٣) حصته ، ولا تصح القسمة في حق الغائب ، حتى لو هلك النصف الباقي^(٤) في يده ، يكون للغائب أن يأخذ من المودع نصفه الآخر^(٥) .

ولو أودع رجل عند رجلين وديعه مما يقسم ، فلهما أن يقسما ، ويأخذ كل واحد نصفه ، للحفظ ، لأنه رضى بحفظهما ، وأمكن من هذا الوجه .

(١) في ا و ح : « أ كذب نفسه »

(٢) « يحلفه » من ب .

(٣) « لايه » من ا و ب و ح .

(٤) « الباقي » ليست في ا .

(٥) « الآخر » من ب . وفي ح : « من المودع الآخر نصفه » . وفي ا : « من المودع

للآخر نصفه » .

ولو دفع^(١) أحدهما كله إلى صاحبه : ضمن النصف عند أبي حنيفة ،
لأنه رضى بحفظهما ، لا بحفظ أحدهما ، وعندهما : لا يضمن .

وأجمعوا أنها إذا كانت لا تقسم : لا يضمن ، لأنه لا يمكن حفظهما^(٢)
في مكان واحد ، فكان راضيا بحفظ أحدهما .

وعلى هذا - الخلاف في المرتنين ، والوكيلين بالقبض .

ولو خلط الوديعة بمال نفسه : إن كان يمكن التمييز : لا شيء عليه
ويعيز ، وإن كان لا يمكن التمييز : يضمن الحافظ عند أبي حنيفة مثله
لصاحبه^(٣) .

وكذلك إذا كانت وديعتان ، فخلط إحدهما بالآخرى : يضمن مثل
ذلك لصاحبهما^(٤) ، وإذا أدى الضمان : حل له ذلك ، وعندهما : في الدراهم
والدينارين : إن شاء المالك : ضمنه مثله ، وإن شاء : أخذ نصف المخلوط^(٥) .

(١) في أ و ح : « أودع » .

(٢) في أ و ب : « لا يمكنهما حفظها إلا » . وفي ح : « لا يمكنها حفظها إلا » .

(٣) في أ و ب و ح : « يضمن الحافظ عند أبي حنيفة ويضمن مثله لصاحبه » .

(٤) هكذا في ب . وفيها : « لصاحبها ومالكها » ولعلها : « ومالكها » . وفي

الأصل : « فخلط أحدهما يضمن صاحبه » . وما في أ و ح مثل ما في ب إلا أن فيها : « لصاحبها » -
قال الكاساني (٦ : ٢١٣ : ١٢) : « ولو أودعه رجلان ، كل واحد منهما ألف درهم ، فخلط
المودع المالين خلطا لا يتميز : فلا سبيل لهما على أخذ الدراهم ، ويضمن المودع لكل واحد منهما
ألفا ويكون المخلوط له وهذا قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : هما بالخيار : إن شاء اقتسما
المخلوط نصفين وإن شاء ضمنا المودع ألفين . وعلى هذا الخلاف سائر المكيلات والموزونات إذا
خلط الجنس بالجنس خلطا لا يتميز ، كالخنة بالحنة والشعر بالشعر والدهن بالدهن » .

(٥) في أ و ح : « النصف المخلوط » .

وكذا في الوديعتين، وفي سائر المكيلات^(١) والموزونات: إن شأ
ضمنه^(٢) كل واحد مثل حقه، وإن شأ باعا^(٣) المخلوط وقبضا^(٤) الثمن
ويأخذ صاحب الحنطة ثمن^(٥) الحنطة، غير^(٦) مخلوط بالشعير، ويأخذ
صاحب الشعير ثمن الشعير غير مخلوط بالحنطة.

. . .

ولو مات المودع، ولم يبين الوديعة: <فإن كانت معروفة، وهى
قائمة: رد إلى صاحبها. وإن لم تعرف^(٧): يضمن، ويكون صاحبها شريكا
للغرماء - والله تعالى أعلم.

(١) في ب: « في الوديعتين في المكيلات » .

(٢) في ب: « ضمنا » . وفي ا و ح: « إن شاء ضمن » .

(٣) في ح: « باع » .

(٤) في ا و ب و ح: « واقتسما » .

(٥) في ب: « مثل » .

(٦) « غير » ليست في ا و ب و ح فقيها: « الحنطة مخلوطا ». وكذا في الكاساني (٦: ٢١٣):

(١٩) « قد قال: « ولو أودعه رجل حنطة وآخر شعيرا فخلطهما فهو ضامن لكل واحد منهما مثل
حقه عند أبي حنيفة، لأن الخلط إتلاف، وعندهما لهما أن يأخذا العين ويبيعاها ويقتسما الثمن على
قيمة الحنطة مخلوطا بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لأن قيمة الحنطة تنقص بخلط
الشعير وهو يستحق الثمن اقيام الحق في العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعير لأن قيمة
الشعير تزداد بالخلط بالحنطة وتلك الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعير » .

(٧) في ب: « وإن تغيرت » .

كتاب العارية

اعلم^(١) أن إطلاق اسم العارية في العرف بطريقتين: بطريق الحقيقة،
وبطريق المجاز .

أما بطريق^(٢) الحقيقة :

دار ديوار ١٢

فهو إعارة^(٣) الأعيان التي ينتفع بها ، مع قيامها ، كالذور والعبيد
والدواب ونحوها ، وهو تملك منافع^(٤) الأعيان ، عند عامة المشايخ .
وقال الكرخي^(٥) : إنه عقد إباحة ، فإنه ليس للمستعير أن يؤاجر ،
ولو كان تملكاً للملك الإجارة^(٦) ، كالمستأجر : يملك أن يؤاجر .

لكن هذا ليس بصحيح ، فإنه يملك أن يعير ، ولو كان إباحة
الكان لا يملك ، كالمباح له الطعام: لا يملك الدفع إلى غيره ، إلا أنه لا يملك

(١) في او ح : « قال رحمه الله : اعلم » .

(٢) في ب : « طريق » .

(٣) في او ح : « عارية » .

(٤) « منافع » من او ح .

(٥) في الكاساني (٦ : ٢١٤ : ٨ من أسفل) : « وعند الشافعي » . ونسب المرغيناني

في المداية (٧ : ١٠٠) هذا القول إلى الكرخي أيضاً ، ونسبه قاضي زاده إلى الكرخي
والشافعي (نتائج الأفكار ٧٠ : ١٠٠) .

(٦) « الإجارة » من او ح .

الإجارة ، لأنه عقد لازم ، والعارية تبرع ، فكيف يملك به ما هو لازم ، فيؤدى إلى تغيير^(١) المشروع ؟
ثم العارية أمانة عندنا ، وعند الشافعى : مضمونة - وهى مسألة معروفة^(٢) .

وأو شرط الضمان فى العارية - هل يصح ؟ المشايخ مختلفون فيه .
وأما بطريق المجاز :

فهو إعارة المكيل والموزون ، وكل مالا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه ، فهو قرض حقيقة ، ولكن يسمى عارية مجازا ، لأنه لما رضى بالانتفاع به باستهلاكه^(٣) يبدل ، كان تملكه^(٤) يبدل ، وهو تفسير القرض ، ولا يلزم الأجل فيه ، كما فى العارية^(٥) .

. . .

ثم العارية قد تكون مطلقة وقد تكون مفيدة :
فالمطلقة :

أن يستمر شيئا ، ولم يبين أنه يستعمله بنفسه أو بغيره ، ولم يبين كيفية الاستعمال .

وحكمها أنه ينزل منزلة المالك ، فكل ما ينتفع به المالك ، ينتفع به

(١) فى او ح : « تغير » .

(٢) « وهى مسألة معروفة » من او ث و ح .

(٣) « فهو قرض حقيقة ... به باستهلاكه » ليست فى او ح .

(٤) « له » ليست فى او ح . وفى ب : « منه » .

(٥) راجع فيما تقدم ص ٤٦ - ٤٧ ؛

المستعير^(١) من الركوب والحمل ، وله أن يركب غيره - ولكن يحمل بقدر المعتاد ، لازيادة عليه ، لأن الزيادة تكون إتلافا^(٢) .

. . .

فأما إذا بين أنه يستعمله بنفسه - فهذا على وجهين :

إن كان مما يتفاوت الناس في استعماله^(٣) ، كالركوب واللبس : فإنه يختص به ، ولا يجوز له أن يركب غيره ، وأن يلبس غيره .

وإن كان شيئاً لا يتفاوت ، كسكنى الدار : فله أن يعير غيره .

وكذا إذا سمي وقتاً أو مكاناً ، لجاوز^(٤) ذلك المكان أو زاد على

الوقت : يضمن ، لأن التخصيص مفيد .

فأما إذا بين مقدار الحمل والجنس^(٥) : فإن حمله عليه أو زاد^(٦) : يضمن ،

بقدر الزيادة^(٧) . ولو حمل عليه شيئاً بخلاف^(٨) جنسه : > وإن كان مثله

في الخفة أو أخف منه : لا يضمن ، وإن كان أثقل منه : يضمن^(٩) ، إلا

(١) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل كذا : « ينتفع به العير » .

(٢) في ا و ب و ح : « لا زيادة عليه فيكون إتلافاً » .

(٣) هكذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « في الاستعمال » .

(٤) في ا و ب و ح : « فجاوز عن » .

(٥) « والجنس » من ا و ب و ح .

(٦) في ا و ح : « فإن حمل عليه من الجنس المذكور وزاد عليه يضمن » . وفي ب : « فإن

حمل عليه من جنس المذكور فزاد يضمن » .

(٧) « بقدر الزيادة » من ب .

(٨) في ا و ب و ح : « ولو حمل عليه زيادة معتبرة بخلاف » .

(٩) « يضمن » ساقطة في ا و ح .

إذا كان شيئاً فيه زيادة^(١) ضرر بالدابة^(٢) : < ف > يضمن^(٣) ، وإن كان مثله في الوزن والثقل ، بأن استعمار دابة ليحمل عليها مائة من من القطن ، فحمل عليها مائة من من الحديد : فإنه^(٤) يضمن ، لأن ثقل الحديد يكون في موضع واحد ، وثقل القطن يتفرق على جميع ظهرها وبطنها^(٥) .
وإن كان أثقل منه : < ف > إن كان من الجنس^(٦) المذكور : يضمن بقدر الزيادة ، وإن كان من خلاف الجنس : يضمن كل^(٧) القيمة^(٨) .

وليس المستعير أن يؤاجر^(٩) لما ذكرنا - فإن فعل : فهو ضامن من حين سلمه^(١٠) إلى المستأجر ، ويكون المعير بالخيار : إن شاء ضمن المستعير ، وإن شاء ضمن المستأجر ، لوجود التعدي منهما^(١١) - فإن ضمن المستعير : لم يرجع على المستأجر ، لأنه مالك العين بالضمان ، فكأنه آجر مالك نفسه ، فهالك . وإن ضمن المستأجر : < ف > إن كان لا يعلم أنه عارية ، يرجع على المستعير ،

- (١) « زيادة » من ا و ح .
- (٢) هكذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « الدواب » .
- (٣) « يضمن » ليست في ب و ح .
- (٤) « فإنه » من ب .
- (٥) هكذا في ا و ح . وفي الاصل و ب « ظهره وبطنه » .
- (٦) في ب و ح : « جنس » . انظر الهامشين التاليين .
- (٧) في ا و ح : « كل واحد القيمة » . راجع الهامش السابق وانظر الهامش التالي
- (٨) « وإن كان أثقل منه ... القيمة » من ا و ب و ح . مع ملاحظة ما ورد في الهامشين السابقين .
- (٩) في ا و ح : « يؤجرها » .
- (١٠) في ا : « من حين سلم » . وفي ح : « فهو ضامن حين سلم » .
- (١١) في ا و ح : « منها » .

لأنه ضمن الدرك^(١) ، بإيجاب عقد فيه بدل ، فيكون غرورا ؛ فأما إذا كان يعلم : فلا يرجع ، لأنه لا غرور فيه ، والرجوع بحكم الغرور .

ولو استعار أرضا على أن يبني^(٢) فيها بناء ، أو يغرس فيها غرسا^(٣) -
 > فإما إن كان مطلقا أو مؤقتا إلى عشر سنين ونحوه :

فإن كان مطلقا - فبني فيها أو^(٤) غرس : فلصاحب الأرض أن يستردها ، في أي وقت شاء ، لأن العارية غير لازمة ، وعلى المستعير^(٥) أن يأخذ غرسه وبناءه ، لأنه شغل أرض غيره ولم يرض صاحبه بذلك ، وليس للمستعير أن يضمن المعير قيمة غرسه وبناءه ويترك ذلك^(٦) عليه ، لأنه لم يوجد منه الغرور^(٧) ، لأن العارية تسترد على كل حال^(٨) .

وعلى قول مالك : له أن يرجع عليه .

وإن كان مؤقتا - فله أن يسترد أيضا^(٩) ، لكن المستعير بالخيار : إن شاء

(١) قال الزيلعي (٦ : ٧٠) : « الدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع » - وبمباراة أخرى : « هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع » (البارني ، الناية ، ٩ : ٨٦) .
 (٢) في ا و ح : « يبني » .

(٣) « فيها غرسا » من ا و ب و ح .

(٤) في ا و ب و ح : « و » .

(٥) في ا و ب و ح : « والمستعير » .

(٦) « ذلك » من ا و ب و ح .

(٧) في ا : « الفرر » . وفي ح : « الفرقة » . وفي ب كذا : « لم يوجد الغير ولأن »

(٨) « على كل حال » من ا و ب و ح .

(٩) في ح : « فله أن يرجع أيضا ويسترده » . وفي ا : « فله أن يرجع أيضا ويسترد » .

ضمن المعير قيمة غرسه ، وبناءه ، ويترك ذلك عليه ^(١) ، لأنه غره حيث وقت وقتا طويلا ، ثم استرد قبل مضيه ، وإن شاء أخذ غرسه وبناءه ^(٢) إن ^(٣) لم ^(٤) يضر القلع بأرض المعير ، فأما إذا كان يضر به ^(٥) ، فالخيار للمعير : إن شاء أخذ الغرس والبناء ، بالضمان ، وإن شاء رضى بالقطع ^(٦) . فأما إذا أعار الأرض ، ليزرع ، فزرع ^(٧) ، ثم أراد أن يسترد والزرع غير مدرك : <ف> ليس له ذلك ، وتبقى الأرض ^(٨) في يده ، بطريق الإجارة ، إلى أن يأخذ الغلة ، لأن هذه مدة يسيرة معلومة فيه ^(٩) ، وفيه نظر من الجانبين ، بخلاف الغرس والبناء : فإنه ^(١٠) لو انقلبت إجارة ، يتضرر ^(١١) به المعير ، لطول المدة .

وإن اختلف المعير والمستعير في عدد الأيام ، أو في مقدار الحمل ، أو فى المكان - فالقول قول المعير ، لأن المستعير قابض ^(١٢) لنفسه ، فيكون سقوط الضمان بناء على الإذن له ^(١٣) و ^(١٤) .

-
- (١) فى ا و ح : « له » . وانظر الهامش التالى .
 (٢) « ويترك ذلك ٠٠٠ غرسه وبناءه » ليست فى ب .
 (٣) فى ب : « وإن » .
 (٤) « لم » ليست فى ا و ح .
 (٥) « به » ليست فى ب .
 (٦) فى ا و ب و ح : « بالقلع » .
 (٧) « فزرع » ليست فى ا و ح .
 (٨) « الأرض » من ا و ح .
 (٩) « فيه » ليست فى ا و ب و ح .
 (١٠) فى ا و ب و ح : « بخلاف المارية فى الغرس فإنه » .
 (١١) فى ا و ب و ح : « يتضرر » .
 (١٢) فى ب : « قاض » .
 (١٣) « له » ليست فى ا و ب و ح . (١٤) زاد فى ب : « والله أعلم بالصواب » .

كتاب

الدعوى والبيّنات

الدعوى^(١) نوعان : صحيحة ، وفاسدة .

أما الصحيحة - < ف > أن يوجد فيها شرائط الصحة ، بأن^(٢) يدعى على خصم ، حاضر ؛ وأن يكون المدعى به شيئاً ، معلوماً ، معيناً ؛ وأن يتعلق به حكم على^(٣) المطلوب منه^(٤) .

والفاسدة^(٥) - أن لا يكون الخصم حاضراً ، و^(٦) أن يكون المدعى به مجهولاً ، لأنه لا يمكن للشهود^(٧) الشهادة ، ولا للقاضي القضاء به . وأن لا تلزم المطلوب منه ذلك^(٨) ، بأن ادعى أنه وكيل فلان ، فالقاضي لا يسمع دعواه ، إذا أنكر الآخر ، لأنه يمكنه عزله للحال^(٩) .

(١) في ح و ا : « قال رحمه الله : الدعوى » . راجع في الدعوى بالتفصيل : الكاساني ،

٦ : ٢٢١ وما بعدها .

(٢) في ب : « وهو أن » .

(٣) « على » من ا و ب و ح .

(٤) « منه » ليست في ا و ب و ح .

(٥) التاء من ا و ب و ح .

(٦) في ح : « أو » .

(٧) في ب : « الشهود » .

(٨) في ا و ب و ح : « وأن لا يلزم المطلب ذلك » .

(٩) « للحال » ليست في ب .

ثم إنما يصير المدعى به معلوماً : إما بالإشارة إليه عند القاضي ، بأن كان منقولاً في الدعوى ، وبالشهادة^(١) ، وإن لم يكن منقولاً ، نحو العقار والرحى^(٢) ونحوهما مما^(٣) يمكن معرفته بالتحديد - فإعلامه^(٤) بذلك ، وهو^(٥) في العقار .

ومالا يمكن معرفته^(٦) بالتحديد ، كحجر الرحي^(٧) ، فينصب^(٨) القاضي أميناً حتى يسمع^(٩) الدعوى والبينة ، عند ذلك ، بالإشارة^(١٠) .

. . .

ثم المدعى من يلتمس ، بدعواه ، إثبات ملأ على غيره ، في العين أو

- (١) كذا في ا و ح . وفي لأصل و ب : « والشهادة » . وانظر فيما يلي الهامش ١٠ .
- (٢) كذا في ا . وفي الأصل و ب : « وحجر الرحي » . وفي ح كذا : « العقار وحجر الرجا . ونحوهما » .
- (٣) في ا : « فا » . وفي ح : « فيما » . وفي ب : « نحو العقار وحجر الرحا قل ما يمكن »
- (٤) في ح و ا : « وإعلامه » .
- (٥) في ب : « وهي » .
- (٦) « معرفته » ليست في ب . وانظر الهامش التالي .
- (٧) « وهو في العقار ... كحجر الرحي » ساقطة من ا و ح . راجع الهامشين السابقين .
- (٨) في ا و ب و ح : « فيثبت » .
- (٩) في ا : « يستمع » .
- (١٠) العبارة في الكاساني (٦ : ٢٢٢ : ٧) : « والعلـم بالمدعى إنما يحصل بأحد أمرين : إما الإشارة وإما التسمية . وجملة الكلام فيه أن المدعى لا يخاف : إما أن يكون عيناً ، ولما أن يكون ديناً . فإن كان عيناً فلا يخلو : إما إن كان محتملاً للقل ، أو لم يكن محتملاً للنقل . فإن كان محتملاً للنقل ، فلا بد من إحضاره لتمكين الإشارة إليه عند الدعوى والشهادة فيصير معلوماً بها إلا إذا تمذر فقاه كحجر الرحي ونحوه : فإن شاء القاضي استحضره وإن شاء بث إليه أميناً . وإن لم يكن محتملاً للقل - وهو العقار - فلا بد من بيان حده ليكون معلوماً لأن العقار لا يسير معلوماً إلا بالتحديد ... هذا إذا كان المدعى عيناً . فإن كان ديناً فلا بد من بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته لأن الدين لا يسير معلوماً إلا ببيان هذه الأشياء » .

فى الدين ، أو يثبت حقا^(١) . والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وينفيه^(٢) .

وقيل : المدعى من إذا ترك الدعوى يترك ، والمدعى عليه من إذا ترك الدعوى لم^(٣) يترك .

وذكر محمد أن المدعى عليه هو المنكر .

. . .

إذا ثبت هذا - < ف > نقول :

إذا جاء المدعى ، إلى القاضى ، مع خصمه ، فالقاضى يسأله : ماذا يدعى عليه^(٤) ؟ فإذا ادعى المدعى^(٥) دعوى ، صحيحة ، على خصم حاضر - سأل المدعى عليه عن جواب المدعى ، وقال : « أجب خصمك بلا أو نعم^(٦) » ، وما ذكرنا استحسان^(٧) . والقياس ما ذكر فى الزيادات : أن^(٨) المدعى إذا جاء إلى^(٩) القاضى مع خصمه ، فإنه لا^(١٠) يسأل المدعى : ماذا يدعى ؟ حتى يبدأ المدعى بدعواه ، ثم إذا ادعى^(١١) دعوى صحيحة ، وسمعها ، لا يسأل المدعى عليه عن جوابه ، ما لم يسأل المدعى منه^(١٢) .

(١) « حقا » ليست فى ا و ح .

(٢) فى ب : « وب نفسه » . وفى ح كذا : « وب بقة » .

(٣) فى ب : « لا » .

(٤) « عليه » ليست فى ب .

(٥) « المدعى » ليست فى ا و ح .

(٦) فى ح : « أو بنعم » . و « بلا أو نعم » ليست فى ا .

(٧) فى ب و ح : « استحسانا » .

(٨) « أن » من ا و ب و ح .

(٩) « إلى » ليست فى ح .

(١٠) « لا » ليست فى ح .

(١١) فى ا و ح : « ثم إذا جاء ادعى » .

(١٢) أى من القاضى وببارة أخرى : ما لم يطلب المدعى من القاضى - انظر الهامش التالى .

أن يسأل المدعى عليه^(١) ، عن جوابه ، لأنه إنشاء^(٢) الخصومة .
لكن الصحيح هو الاستحسان ، لأن الخصمين ربما يعجزان عن ذلك
لمهابة مجلس القاضى .

فإذا سأل المدعى عليه عن الجواب : فإذا أقر به^(٣) أمره^(٤) بتسليم المدعى
به إلى المدعى^(٥) . وإن أنكر سأل المدعى عن البينة عند أبي حنيفة ،
وعندهما : يحلف المدعى عليه ، إذا طالب المدعى منه الحلف - لأن عنده :
إذا قال المدعى : « لى بينة حاضرة فى المصر » ، فالقاضى لا يحلفه^(٦) ،
وعندهما : يحلفه^(٧) ، فلذلك يسأل .

(١) فى ب : « أن يسأل المدعى من المدعى عليه » . وفى ا : « أن يسأل عن المدعى عليه » .
وعبارة الكاسانى (٢٢٤ : ٦ : ٩ من أسفل) : « وهل يسأله القاضى الجواب قبل طلب المدعى ؟
ذكر فى أدب القاضى أنه يسأله ، وذكر فى الزيادات أنه لا يسأله ما لم يقل المدعى : أسأله عن
دعواى - وعلى هذا إذا تقدم الخصمان إلى القاضى هل يسأل المدعى عن دعواه ؟ فى أدب القاضى
أنه يسأله ، وفى الزيادات أنه لا يسأله - ويعرف ذلك فى كتاب أدب القاضى وسيأتى » وفى كتاب أدب
القاضى قال الكاسانى (٧ : ١٣ : ١٢) : « وإذا تقدم إليه الخصمان هل يسأل المدعى عن
دعواه ؟ ذكر فى أدب القاضى أنه يسأل وذكر فى الزيادات أنه لا يسأل . وكذا إذا ادعى دعوى
صحيحة هل يسأل المدعى عليه عن دعوى خصمه ؟ ذكر فى آداب القاضى أنه يسأل ، وذكر فى
الزيادات أنه لا يسأل حتى يقول له المدعى : سله عن جواب دعواى - وجه ما ذكر فى الزيادات
أن السؤال عن الدعوى لإنشاء الخصومة والقاضى لا يثنى الخصومة . وجه ما ذكر فى الكتاب
أن من الجائز أن أحد الخصمين يلحقه مهابة مجلس القضاء فيعجز عن البيان دون سؤال القاضى
فيسأل عن دعواه » .

(٢) كذا فى ح و ا . وهى فى الأصل وب غير مهموزة فيحتمل أن تكون فيهما
مثل ما فى ا و ح ويحتمل أن تكون : « أنشأ » .

(٣) « به » ليست فى ا و ب - وانظر الهامش اتالى .

(٤) الهاء من ب وفيها : « فإن أمر أمره ... » .

(٥) « فإذا سأل المدعى عليه ... للم المدعى » ليست فى ح .

(٦) و (٧) كذا فى ا و ب و ح - والهاء (الضمير) غير واضحة فى الأصل .

فإذا قال : « لا بينة لي » أو « ليس لي بينة حاضرة » - فإنه يحلف المدعى عليه ، إذا طلب المدعى اليمين^(١) ، لأن اليمين حقه ، فلا بد من طلبه .
فإذا حلفه : فإن^(٢) حلف : تنقطع الخصومة إلى وقت^(٣) إقامة البينة .
وإن نكل : يقضى عليه بالنكول عندنا ، في الأموال ، وعند الشافعي :
يرد اليمين إلى المدعى : فإذا حلف : يقضى له . وفي القصاص في^(٤)
الطرف : يقضى بالنكول ، أيضا ، عند أبي حنيفة - وعندهما : يقضى بالدية^(٥) .
وأما في النفس : < ف > عندهما^(٦) : يقضى بالدية أيضا . وعنده : لا يقضى
بالقصاص^(٧) ولا بالدية ، ولكن يحبس حتى يقر أو يحلف . وكذا لا يقضى
بالنكول في الأشياء السبعة عند أبي حنيفة^(٨) ، وعندهما : يقضى . وأجمعوا
أنه لا يقضى بالنكول^(٩) في الحدود .

وعلى هذا - الاستحلاف^(١٠) عنده : لا يستحلف في الأشياء السبعة ،

(١) « اليمين » ليست في ا و ب و ح .

(٢) الفاء من ح . وفي ا : « فإذا حلفه فحلف » .

(٣) « وقت » ليست في ا و ح .

(٤) كذا في ب . وفي الأصل كذا : « وفي القصاص بالطرف » . انظر الهامش

بعد التالي .

(٥) في ب : « بالمال » .

(٦) « في الطرف يقضى ... في النفس عندهما » ليست في ا و ح .

(٧) في ا و ب و ح : « لا بالقصاص » .

(٨) سيأتي بيانها في المقت بعد قليل - وراجع ص ٢٢٥-٢٢٦ من الجزء الثاني وخصوصا

الهامش ١ ص ٢٢٦ . ففيه بيان هذه الأشياء . نقلا عن الكاساني (٢ : ٢٤٣ - ٢٤٤) .

(٩) « بالنكول » ليست في ا و ح .

(١٠) في ب : « الاستحلاف » . وفي ا و ح : « الاختلاف » .

وهي ^(١) : النكاح ، والرق ، والولاء ، والنسب ، والرجعة ، والفىء
 فى الإيلاء ^(٢) ، والاستيلاء ^(٣) - لائن الاستحلاف لأجل النكول ، وهو
 بذل ^(٤) وإباحة عند أبى حنيفة ، ولا يجرى ^(٥) ذلك ^(٦) فى هذه الأشياء .
 وعندهما : هو بمعنى الإقرار الذى فيه شبهة ، وهذه الأشياء مما ثبتت
 بدليل فيه شبهة - وهذا مما يعرف فى الخلافات ^(٧)

ثم الدعوى إما أن تكون فى ملك مطلق ^(٨) أو بسبب ، مع التاريخ
 أو بدونه ، ولا يخلو : إما إن كان < ت > ^(٩) من ^(١٠) الخارج على
 ذى اليد ، أو من الخارجين على ذى اليد ^(١١) ، أو من صاحبي اليد :
 أحدهما على صاحبه ^(١٢) .

(١) كذا فى ا و ح . وفى الأصل و ب : « وهو » .

(٢) فى ا : « والا يلاء » وراجع « باب الإيلاء » ص ٣٠٥ وما بعدها من الجزء الثانى .

(٣) راجع فى الاستيلاء ص ٤٠٦ وما بعدها من الجزء الثانى . وراجع فيما تقدم الهامش

٨ ص ٢٩٣ وفى الجزء الثانى ص ٢٢٥ - ٢٢٦ .

(٤) فى ب : « بدل » .

(٥) فى ا و ح : « ولا يجرى » .

(٦) « ذلك » من ا و ب و ح .

(٧) فى ب : « وهى تعرف فى المختلف » .

(٨) يريد بالملك المطلق أن يدعى الملك من غير أن يدعى السبب ، بأن يقول : هذا ملكى

ولا يقول : هذا ملكى بسبب الشراء أو الإرث أو نحو ذلك - لأن المطابق ما يتعرض للذات

دون الصفات لا بالنفى ولا بالإثبات (الشلبى على الزيلعى ، ٤ : ٢٩٤) .

(٩) فى ا و ح : « يكون » .

(١٠) « من » من ا و ب و ح .

(١١) « ذى اليد » ليست فى ح . و « على ذى اليد » ليست فى ا .

(١٢) راجع فيما يصعب فهمه من المسائل الآتية : الكاساني ، ٦ : ٢٣٢

وما بعدها .

أما إذا كان الدعوى فى ملك مطلق^(١) - < فنقول > :

إن كان < ت > من^(٢) الخارج على ذى اليد ، بلا تاريخ : فيئنة
الخارج أولى ، عندنا - وعند الشافعى : بينة ذى اليد أولى - وهى
مسألة معروفة^(٣) .

وعلى هذا الخلاف : إذا أرخا ، وتاريخها سواء ، لأنه لم^(٤) يثبت سبق
أحدهما ، فبقية < ت > دعوى ملك مطلق^(٥) .

فأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فهو أولى عند أبى حنيفة وأبى
يوسف ، وهو قول محمد أولا ، ثم رجيع بعد رجوعه من الرقة^(٦) وقال^(٧) :
لا تقبل بينة ذى اليد على وقت ولا^(٨) غيره إلا فى النتاج^(٩) - كذا ذكر ابن

(١) انظر فيما تقدم الهامش ٨ من الصفحة السابقة .

(٢) « من » من ا و ب و ح .

(٣) « وهى مسألة معروفة » من ا و ب و ح . وحجة الحنفية أن بينة حجة المدعى ، وذو اليد
ليس يمدع . فالتحقت بينة ذى اليد بالمدعى ، فبقيت بينة الخارج بلا معارض ، فوجب العمل بها
(راجع فى تفصيل ذلك : الكاسانى ، ٦ : ٣٣٢ : ٢٠ : ٢٣٣) .

(٤) « لم » ساقطة من ا و ح .

(٥) انظر فيما تقدم الهامش ٣ . وراجع الكاسانى ، ٦ : ٢٣٣ : ٣ .

(٦) ولى محمد القضاء لارشيد الرقة فأقام بها مدة ثم عزل عنها ثم سار معه الى الرى وولاه
القضاء بها فتوفى بها سنة ١٨٧ هـ . وهو ابن ثمان وخمسين سنة (الجواهر) . والرقة واسطة
ديار ربيعة وسميت المسائل التى جمعها محمد فى الرقة « الرقيات » نسبة لابيها (المغرب) - راجع فى
ترجمة محمد ح ١ ص ٧ هـ .

(٧) « وقال » ليست فى ا و ح .

(٨) « لا » من ا و ح . ففى الأصل و ب : « وغيره » .

(٩) فى ا و ح : « إلا فى الدعوى - كذا » . وسيأتى الكلام على دعوى النتاج فيما بعد
(ص ٣٠٧ وما بعدها) .

سماعة^(١) . و^(٢) ذكر محمد هذه المسألة في كتاب الدعوى، وقال: عند أبي حنيفة: يقضى بها للخارج، ثم رجع وقال: يقضى بها^(٣) لصاحب اليد - وهو قول محمد أي قوله^(٤) الأول، لأن بينة صاحب اليد أثبتت^(٥) أنه أول^(٦) المالكين^(٧) .

وأما إذا وقت أحدهما، ولم يوقت الآخر: فعند^(٨) محمد: لا عبرة لتاريخ صاحب اليد. فالخارج أولى^(٩) . وعند أبي يوسف: بينة صاحب الوقت أولى^(١٠) . وعن أبي حنيفة روايتان: في رواية مع محمد، وفي رواية مع أبي يوسف.

. . .

-
- (١) انظر الكاساني، ٦ : ٢٣٣ : وما بعده .
 (٢) « و » ليست في ح .
 (٣) في ب : « به » .
 (٤) في ب : « في قوله »
 (٥) في ب : « ثبت » .
 (٦) في ب : « أول » .
 (٧) « وذكر محمد هذه المسألة... أول المالكين » ليست في الكاساني (راجع الكاساني ٦ : ٢٣٣ : ٤-٧) .
 (٨) الفاء من ا و ب و ح .
 (٩) لأن الملك المطلق يحتمل التأخير والابق، لجواز أن صاحب البينة المطلقة أو وقت بينته كان وقتها أسبق، فوقع الاحتمال في سق الملك الموقت، فسقط اعتبار الوقت، فبقى دعوى مطلق الملك، فيقضى للخارج (الكاساني، ٦ : ٢٣٣ : ١٣ - ١٥) . وانظر فيما يلي ص ٢٩٧ .
 (١٠) « أول » ليست في ح - وجه قوله أن بينة صاحب الوقت أظهرت الملك له في وقت خاص لا يمارضها فيه بينة مدعى الملك المطلق يبين بل تحتمل المعارضة وعدمها لأن الملك المطلق لا يمارض لاوقت، فلا تثبت المعارضة بالشك فتثبت بينة صاحب التاريخ بلا معارض وكان صاحب التاريخ أولى (الكاساني، ٦ : ٢٣٣ : ٩ - ١١ وكذا ٢٣٦ - ٢٣٧) .

أما إذا كان <ت> الدعوى من الخارجين في ملك طالق ، بلا تاريخ ،
أو تاريخها سواء ، والشئ في يد الثالث ^(١) : فهو بينهما نصفان ، عندنا ^(٢) .

وللشافعي فيه قولان : في قول : تهارت البينتان ^(٣) ، وتبقى في يد
صاحب اليد قضاء ترك ، وفي رواية : يقرع بينهما ويقضى للذي ^(٤)
خرجت له القرعة ^(٥) - والمسألة معروفة ^(٦) .

وأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فهو أولى ، بالاتفاق ، لأن بينة
الخارجين مسموعة ، فيترجح ^(٧) أحدهما بالتاريخ ^(٨) .

وأما إذا وقت أحدهما ، دون الآخر : فهما سواء عند أبي حنيفة ، ولا
عبرة بالتاريخ ، لجواز أن يكون ^(٩) الآخر لو وقت كان تاريخه أسبق . وعند
أبي يوسف : صاحب الوقت أولى . وعند محمد : الذي أطلق أولى ، لأن
الملك المطلق ملك من الأصل حكما ^(١٠) حتى يستحق الزوائد به ^(١١) .

. . .

(١) في ا و ح : « ثالث » .

(٢) راجع فيما تقدم ص ٢٩٥ .

(٣) في ح : « البينات » - وتهارت البينات تساقطت وبطلت (المصباح) .

(٤) في ح : « الذي » .

(٥) في ا و ح : « خرجت قرعته » .

(٦) راجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٦ .

(٧) القاء من ا و ح .

(٨) انظر فيما تقدم ص ٢٩٥ . وراجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٦ : ٢٧ .

(٩) « يكون » ليست في ا و ح .

(١٠) في ا : « ملك الأصل حكما » . وفي ح : « ملك الحكم أصلا » .

(١١) راجع فيما تقدم الهامش ٩ و ١٠ ص ٢٩٦ والكاساني ، ٦ : ٢٣٦ : السطر الأسفل - ٢٣٧ .

وأما إذا كان الشيء في أيديهما ، فأقام كل واحد منهما البيّنة أنه^(١) له :

فإنه يقضى لكل واحد منهما بنصف ما^(٢) في يد صاحبه ، لأنه خارج في ذلك النصف^(٣) .

ولو أقام أحدهما البيّنة : يقضى له بنصف ما^(٤) في يد صاحبه ، وما في يده يترك في يده^(٥) قضاء ترك .

ولو لم يكن لهما بيّنة : قضى بينهما نصفين^(٦) ، قضاء ترك ، حتى لو أقام أحدهما البيّنة على صاحبه ، بعد ذلك ، تقبل^(٧) .
وكذا إذا أرخا ، وتاريخهما سواء .

وأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فعند أبي حنيفة وأبي يوسف : صاحب الوقت الأول ، أولى . وقال محمد : لا يعتبر الوقت في حق صاحب اليد ، فكان بينهما .

وأما إذا كان لأحدهما^(٨) وقت دون الآخر - فعند أبي حنيفة ومحمد : لا عبرة للوقت ، فيكون^(٩) بينهما . وقال أبو يوسف : هو لصاحب الوقت .

(١) في الأصل و ا و ب و ح : « أنها » . وما أبتناء في المتن هو ما قدرنا أنه الصحيح
(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « بما » .
(٣) « النصف » ليست في ا . راجع فيما تقدم من ٢٩٥ و ٢٩٧ .
(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « بما » .
(٥) « في يده » ليست في ا و ح .
(٦) في ا و ح : « نصفان » .
(٧) لأنه لم يصر مقضيا عليه حقيقة . راجع في ذلك الكاساني ، ٦ : ٢٤٠ : ٢ من أسفل - ٢٤١ .
(٨) في ح : « أحدهما » .
(٩) في ب : « ويكون » .

وأما إذا كان دعوى الملك بسبب :

فإن^(١) كان السبب هو اليد^(٢) : فإن كان^(٣) أحدهما خارجا ،
والآخر صاحب اليد ، وأقام كل واحد منهما البيئته^(٤) أنه ملكه : مات
أبوه وتركه^(٥) ميراثا له : فهو للخارج ، في قول أصحابنا جميعا^(٥) ، لأن
كل واحد منهما يثبت الملك لليد^(٦) ، مطلقا ، فصار كما لو حضر المالكان
وادعيا ملكا^(٧) مطلقا : يكون للخارج^(٨) - كذا هذا^(٩) .
وكذا^(١٠) إذا أرخا ، وتاريخهما سواء^(١١) ، أو^(١٢) ذكر أحدهما
الوقت دون الآخر^(١٣) .

- (١) الفاء من اوب و ح .
- (٢) « كان » ليست في ح .
- (٣) « البيئته » من اوب و ح .
- (٤) الهاء من اوب و ح .
- (٥) « جميعا » من اوب و ح . راجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٣ و ١٩ : ٢٣٧ و ٦ : وفيما
- يلي الهامش ٨ .
- (٦) في اوب و ح : « ملك » .
- (٧) « ملكا » من ا و ح .
- (٨) راجع فيما تقدم ص ٢٩٧ والكاساني ، ٦ : ٢٣٦ و ١٦ : وفيما تقدم الهامش ٥ .
- (٩) في ا و ح : « هنا » .
- (١٠) « وكذا » ليست في ب .
- (١١) لأنه سقط اعتبار الوقتين للتمارض فبقى دعوى ملك طابق (الكاساني ٦ : ٢٣٣ :
- ٢٠ - ٢١ . وراجع فيما تقدم ص ٢٩٥ و ٢٩٧ و ٢٩٨ .
- (١٢) في ب و ح : « و » .
- (١٣) راجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٣ : ٢٤ - ٢٦ و ١٥ : ٢٣٧ . وراجع فيما تقدم
- ص ٢٩٦ و ٢٩٧ و ٢٩٨ .

وأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فهو لصاحب الوقت الأول ^(١)
عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وفي قول محمد الآخر ^(٢) : للخارج ^(٣) .

وأما إذا كانا خارجين ، في دعوى الميراث ، على ثالث ، و ^(٤) وقت
أحدهما أسبق : فهو له في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ^(٥) ، وعند محمد
روايتان : في ظاهر الرواية : قال ^(٦) في الميراث : ذلك كله سواء وهو بينهما
نصفان . وفي نوادر هشام : إن لم يؤرخا ^(٧) ملك الميتين : فهو بينهما
نصفان ، وإن أرخا ملك الميتين : فهو لصاحب التاريخ الأول ^(٨) .
وكان أبو بكر الرازي ^(٩) يفرق لمحمد ^(١٠) بين الميراث من ^(١١) اثنين ،

(١) « لصاحب الوقت الأول » ليست في ب .

(٢) في ب و ح : « الأخير » .

(٣) لأن دعوى الإرث دعوى ملك الميت ، فكل واحدة من البنتين أظهرت ملك الميت ،
لكن قام الوارث مقام الميت ، فكان الوارثين ادعيا ملكا مطلقا أو موقتا من غير سبب
(الكاساني ، ٦ : ٢٢٣ : ٢١ وكذا ٢٣٧ : ١٠) . وراجع فيما تقدم ص ٢٩٥ و ٢٩٧
و ٢٩٨ .

(٤) « و » ليست في ح .

(٥) لأن الوارث بإقامة البيئة يظهر الملك للمورث لا لنفسه ، فبصير كأنه حضر المورثان
وأقام كل واحد منهما بيئة مؤرخة ، وتاريخ أحدهما أسبق ، ولو كان كذلك لفضى لاسبقهما وقتا ،
لإثباته الملك في وقت لا تمارضه فيه بيئة الآخر - كذا هذا (الكاساني ، ٦ : ٢٣٧ : ١٣) .

(٦) في ب : « في ظاهر الرواية أنه قال » .

(٧) في ا و ح كذا : « إن لم يكن ورخا » .

(٨) راجع فيما تقدم الهامش ٣ : والكاساني ، ٦ : ٢٣٧ : ١٠ .

(٩) راجع ترجمته في الهامش ٣ . ص ٢٠٦ من الجزء الأول .

(١٠) « لمحمد » ليست في ا و ح .

(١١) في ا و ح : « بين » .

وبين الشراء من ^(١) اثنين ^(٢) - قال في الميراث : بينهما نصفان ، وفي شراء
الخارجين من رجل ^(٣) واحد : إنه لصاحب الوقت الأول ، لأن المشتري
يثبت الملك لنفسه ، والوارث يثبت ^(٤) الملك للميت .
لكن روى عن محمد في « الإيملاء » في الخارجين إذا أقاما ^(٥) البيعة
على الشراء من واحد ^(٦) ، وأرخا : أن التاريخ لا يقبل إلا أن يؤرخا ^(٧)
ملك البائع - و ^(٨) سوى بينه وبين الميراث ^(٩) .

وأما إذا كان السبب هو الشراء - بأن ^(١٠) ادعى الخارج الشراء من
صاحب اليد ، وهو منكر : يقبل .
ولو ادعى صاحب اليد الشراء من خارج : يقبل أيضا ، لأنه يصح
تلقى للملك من جهته .

(١) في ا و ح : « بين »

(٢) في ح : « الاثنين » .

(٣) في ا : « وفي الشراء من رجل » . وفي ح : « وفي الشراء الخارجين من رجل » .

(٤) « يثبت » ليست في ا و ح . وفي ا : « والوارث الخارجين الملك ... النع » .

(٥) في ا : « إذا أقام » .

(٦) في ب : « من آخر » .

(٧) في ا و ح : « إلا إذا أرخا » .

(٨) « و » ليست في ا و ح .

(٩) في الكاساني (٦ : ٢٣٨ : ١٥) : « وعن محمد في الإيملاء أنه سوى بين الميراث

والشراء وقال : لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضا إلا أن يؤرخا ملك البائعين » - وزاد هنا

في ب : « والله تعالى أعلم » .

(١٠) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل كذا : « فاذا » .

فأما إذا ادعى كل واحد منهما الشراء من صاحبه ، من غير تاريخ : فلا يقضى بالبيتين ^(١) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وترك ^(٢) المدعى به ^(٣) في يد صاحب اليد ^(٤) .

وعند محمد : يقضى بالبيتين جميعا ، لأنه يمكن تصحيحهما ، ويجعل ^(٥) كأن الخارج باع من صاحب اليد ، وسلم إليه ، ثم باع صاحب اليد منه ، ولم يسلم إليه ، فيؤمر ^(٦) بالتسليم إليه ^(٧) ، ولا يمكن على العكس ، لأن بيع العقار قبل القبض ، عنده ، لا يجوز ^(٨) .

وأما إذا أرخا ، وتاريخ أحدهما أسبق : فإنه يقضى لآخرهما ^(٩) وقتا : أيهما ^(١٠) كان ، والبيع الثاني ينقض البيع ^(١١) الأول عندهما ^(١٢) . وقال

(١) في ا و ب و ح : « من غير تاريخ ولا قبض ، نهارت البيتان (في ح : البيات) عند أبي حنيفة » .

(٢) في ا و ح : « ويترك » .

(٣) « به » من ا و ح .

(٤) راجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٤ .

(٥) في ب : « فيجعل » .

(٦) في ا و ح : « ويؤمر » .

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « منه » .

(٨) راجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٣ - ٢٣٤ . وانظر فيما بعد الهامش ٣ من ٣٠٣ .

(٩) في ح كذا : « لأحدهما » .

(١٠) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل تشبه : « أيما » .

(١١) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « ينقض بيع الأول » .

(١٢) « عندهما » ليست في ب .

محمد: يقضى بها للخارج - وفي المسألة تفصيل ^(١) لم يذكره ^(٢) الكرخي ^(٣) .
وأما إذا أقاما البيّنة على الشراء و ^(٤) القبض - فعندهما : تهاترت
البيّتان ^(٥) ، والمدعى لمن هو فى يده . وعند محمد : يقضى بها للذى ^(٦)
فى يده ، والثلث بالثلث قصاصا ، كأن ^(٧) الخارج اشتراها من الداخل ،
فقبضها ^(٨) ، ثم اشتراها الداخل منه ، وقبض ، لأن المذهب عنده أن
القبض الموجود ^(٩) مهيأ . أمكن أن يجعل قبض بيع ، يجعل ، حملا
لأمر ^(١٠) العاقل على الصحة ^(١١) .

(١) « تفصيل » ليست فى ب .

(٢) الهاء من ب .

(٣) الفرض فى هذه المسألة أنه لم يذكر قبض .

فإن كان وقت الخارج أسبق : فعند أبى حنيفة وأبى يوسف : يقضى لصاحب اليد . وعند
محمد : يقضى للخارج . أما عند أبى حنيفة وأبى يوسف فلا فى وقت الخارج إذا كان أسبق جعل
كأنه اشترى أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد . وأما عند محمد فلا فى وقت الخارج إذا
كان أسبق فإنه جعل كأنه اشترى الدار أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد ، وبيع العقار
قبل القبض لا يجوز عند محمد ، وإذا لم يجوز بقى على مالك الخارج . وعندهما ذلك جائز ، فصح البيعان .
وإن كان وقت صاحب اليد أسبق : يقضى بها للخارج ، لأنه إذا كان وقته أسبق يجعل سابقا
فى الشراء كأنه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع إليه
(الكاسانى ، ٦ : ٢٣٤) .

(٤) فى ح : « أو » .

(٥) فى ح : « البيّنات » .

(٦) فى ب : « وهى لى » . وفى ا : « وهى للذى » . وفى ح : « وهى الذى » .

(٧) فى ا و ب و ح : « والائى بالائى قصاص فيجعل كأن » .

(٨) فى ا و ب و ح : « وقبضها » .

(٩) فى ب و ح : « منها » .

(١٠) فى ا و ح : « لقول » . وفى ب كذا : « بحمله حلا لامن العاقد » .

(١١) راجع الكاسانى ، ٦ : ٢٣٤ .

وأما الخارجان إذا ادعيا^(١) الشراء على صاحب اليد^(٢) : فإن كان واحدا ، وأقاما^(٣) البينة على الشراء منه ، بثمن معلوم ، ولم يذكر^(٤)

التاريخ ولا القبض - فإنه يجمل بينهما نصفين ، عندنا .

وعند الشافعي : في قول : تهارت^(٥) البينتان^(٦) . وفي قول : يقرع بينهما . فأما إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق : فهو له .

وكذا إذا وقت أحدهما ، دون الآخر : فهو لصاحب الوقت ، لأنه ثبت^(٧) سبق بيع أحدهما ، وبيع الآخر معنى حادث ، ولا يعلم تاريخه فيحكم به^(٨) للرجال .

وأما إذا لم يكن لواحد منهما تاريخ^(٩) ، ولكن له قبض ، بأن كان في يد أحدهما : فهو أولى ، لأنه يحمل على قبض البيع^(١٠) ، والبيع الثاني^(١١) حادث ، ولم يعرف^(١٢) تاريخهما ، فجعل كأن يبيع صاحب القبض أسبق .

(١) كذا في ب و ا - و « ادعيا » في الأصل ناقصة الدال . وانظر الهامش التالي .

(٢) « الخارجان ... اليد » ليست في ح ومكانها فيها بياض .

(٣) في ا : « فإن كان كل واحد منهما أقام » . وفي ح كذا : « فإن كان نكل واحد منهما أقام » .

(٤) في ا و ب و ح : « ولم يذكر » .

(٥) في ب : « تهارت » .

(٦) في ح و ا : « البينتان » .

(٧) في ح و ا : « أثبت » .

(٨) في ب : « له » .

(٩) في ب : « تاريخها » .

(١٠) في ا و ح : « المبيع » .

(١١) « الثاني » من ا و ح .

(١٢) في ا و ح : « ولم يعلم » .

فإن^(١) ذكر الآخر تاريخنا ، ولا أحدهما تاريخ^(٢) ، والآخر^(٣)

قبض : لم يعتبر التاريخ إلا أن يشهدوا أن بيعه كان قبل بيع الذي الشيء في يده ، فيقضى له به ، ويرجع الآخر بالثمن على البائع .

فأما إذا ادعى كل واحد منهما الشراء ، من رجل غير الذي ادعى عليه صاحبه ، وأقاما البينة - فهو بينهما نصفان ، لأن المشتريين قاما مقام البائعين ، كأنهما حضرا وأقاما البينة ، والمال بينهما نصفان^(٤) .

ولو أرخا وتاريخ أحدهما^(٥) أسبق : يكون له عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد - وهذه^(٦) رواية الأصول . وقد ذكرنا فرق أبي بكر الرازي ورواية الإيملاء عن محمد ، في هذا الفصل ، فلا نعيد^(٧) .

. . .

ثم^(٨) في هذه المسائل - في الشراء : يثبت الخيار لكل واحد من مدعى^(٩) الشراء ، لأنه يدعى شراء الكل ، فلا يرضى بالنصف ، مع

(١) في ا و ح : « وإن كان » .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل تشبه : « تاريخه » .

(٣) في ح : « والآخر » .

(٤) « لأن المشتريين ... نصفان » ساقطة من ب . وانظر اللامعش التالى . وراجع الكاسانى . ٦ : ٢٣٧ .

(٥) « كأنهما حضرا .. وتاريخ أحدهما » ساقطة من ا و ح . وفيهما مكانها : « فأيهما » وبظهر أنها تحريف : « كأنهما » .

(٦) في ا : « وهذا ذكر في » .

(٧) راجع فيما تقدم ص ٢٩٩ - ٣٠٠ . وانظر الكاسانى ، ٦ : ٢٣٧ .

(٨) « ثم » ليست في ح .

(٩) في ح : « ممن يدعى » .

الشركة ، وهى ^(١) عيب : فإن اختار أخذ ^(٢) النصف : يرجع على البائع بنصف الثمن ، لاستحقاق نصف المبيع . وإن اختار الرد : رجع بجميع الثمن ^(٣) لا نفاسخ البيع . وإن اختار أحدهما الرد والآخر الأخذ : <ف> إن كان قبل تخيير الحاكم لهما ، والحكم لهما نصفين ^(٤) : فإنه يأخذ جميع المبيع ^(٥) . بجميع الثمن ، لأنه استحققه ، بحكم العقد . وإنما امتنع لأجل المزاومة ، فإذا ترك الآخر المصومة ^(٦) . فله ذلك ، بحكم العقد . فأما إذا كان بعد حكم الحاكم بينهما : <ف> يأخذ النصف ، بنصف الثمن ، لأنه ، بحكمه ، يفسخ ^(٧) العقد ^(٨) ، فى النصف ، ولا ^(٩) يعود إلا بالتجديد .

وأما دعوى النتائج ^(١٠) :

فإن ادعى الخارج ، وذو اليد ، النتائج فى دابة : فهى ^(١١) لصاحب اليد ،

(١) فى ب : « وهو » .

(٢) فى ب : « أحدهما » .

(٣) فى ا و ح : « رجع بثلثي المبيع » . وانظر الهامش بعد التالى .

(٤) فى ح : « والحكم بينهما نصفان » . وفى ا : « والحكم بينهما نصفين » . وانظر

الهامش التالى .

(٥) « بجميع الثمن ... جميع المبيع » ساقطة من ب .

(٦) فى ح : « للمصومة » .

(٧) فى ا و ح : « لأنه يحكم بفسخ » .

(٨) فى ا و ب و ح : « عقده » .

(٩) فى ا و ب و ح : « فلا » .

(١٠) انظر الهامش التالى .

(١١) فى ا و ح : « فهو » . وفى الكسانى (٦ : ٢٣٤ - ١٤) أن النتائج هو الولادة

فى الملك . وفى المغرب : النتائج ، اسم لجمع وضع النعم والبهائم كلها - عن الليث وغيره . ثم سمي =

لأيهما ادعى أولية الملك^(١)، فاستويا في الدعوى، فيرجح باليد^(٢) - وفي عين^(٣) هذه المسألة ورد حديث جابر^(٤) عن النبي عليه السلام^(٥) .
وإن ادعى أحدهما النتائج : فهو^(٦) لصاحب اليد ، أيهما كان ، لما ذكرنا^(٧) .

= به المنتوج ... وقد نتج الناقة نتجا إذا ولي نتاجها حتى وضعت فهو ناتج وهو للبهائم كالقابلة للنساء .
والأصل نتجها ولدا ممدى إلى مفعولين ... فإذا بني المفعول الأول قيل : نتجت ولدا إذا وضعت ...
ومنه قول الفقهاء : ولو أقام البينة في دابة أنها نتجت عنده أى ولدت ووضعت - وهذا التقرير لا تعرفه إلا في هذا الكتاب . ومن الناتج قول شريح : الناتج أولى من العارف : عني به من نتجت عنده أو نتجها هو وبالعارف الخارج الذي يدعى ملكا مطلقا دون النتاج وإنما سمي عارفا لأنه قد كان فقد فوجده فلما وجده عرفه » .

(١) كذا في ب . وفي الأصل : « اليد » . وانظر الهامش التالي

(٢) « لأيهما ادعى ... باليد » ليست في ا و ح . وفي الكسائي (٦ : ٢٣٤ : ١٦) :
« يقضي صاحب اليد لأن البينة القائمة على النتاج قائمة على أولية الملك ، وقد استوت البينتان في إظهار الأوليه فنترجح بينة صاحب اليد باليد ، فيقضى بينته » .

(٣) في ح : « وفي العين » . وفي ب : « وفي هذه المسألة » .

(٤) هو جابر بن عبد الله الصحابي ابن الصحابي - أحد المكثرين الرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وروى عنه جماعات من أئمة التابعين منهم سعيد بن المسيب . وتوفي بالمدينة سنة ٧٣ هـ . (أو ٧٨ أو ٦٨) وهو ابن أربع وتسعين سنة (النوى ، التهذيب) .

(٥) « روى عن جابر رضى الله عنه أن رجلا ادعى بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم نتاج ناقة في يد رجل وأقام البينة عليه ، وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك - فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقة لصاحب اليد » الكسائي ، ٦ : ٢٣٤ : ١٧ وما بعده وفيه تفصيل وبيان .

(٦) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « فهو » .

(٧) في الكسائي (٦ : ٢٣٤ : ٢٣) : « ولو أقام أحدهما البينة على النتاج . والآخر على الملك المطلق عن النتاج : فبينة النتاج أولى ، لما قلنا إنها قامت على أولية الملك لصاحبه ، فلا تنبت لغيره إلا بالتلقي منه »

وإن كان خارجان^(١) ادعيا النتاج ، وهو^(٢) في يد ثالث يدعى^(٣) ملكا مطلقا^(٤) : فهي بين الخارجين ، نصفان ، لاستواءهما^(٥) .
ثم ظاهر^(٦) مذهبنا^(٧) أنه يقضى لصاحب اليد^(٨) ، لأن يترك^(٩) في يده بلا^(١٠) قضاء .

وروى عيسى بن أبان^(١١) أنه^(١٢) تهاثر البيئتان ، ويترك^(١٣) في يد صاحب اليد قضاء^(١٤) ترك - وهذا خلاف مذهبنا : فإن الخارجين^(١٥)

(١) كذا في ١ . وفي الأصل : « وإن كان خارجين » . وفي ب : « وإن كانا خارجين » . وفي ح : « وإن كان الخارجان » .

(٢) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « وهي » .

(٣) في ا و ح : « يدعى فهو بينهما نصفان بمنزلة ما لو ادعيا ملكا مطلقا » .

(٤) يريد بالملك المطلق أن يدعى الملك من غير أن يدعى السبب بأن يقول هذا ملكي ولا يقول هذا ملكي بسبب الشراء أو الإرث أو نحوه ذلك (راجع الهامش ٨ ص ٢٩٤) .

(٥) « ولا يترك في يد صاحب اليد - دل أن ما ذكره خلاف مذهب أصحابنا » (الكاساني ،

٦ : ٢٣٤ : ٢٢) - وسيأتي في المتن ما إذا كان يقضى به أم يترك .

(٦) في ا : « في ظاهر » .

(٧) في ب : « مذهبها » .

(٨) أي إن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج وهو الفرض فيما تقدم

(راجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٤ : ١٩ - ٢٠ . وكذا المرغيناني ، البداية ، ٦ : ٢٣٥) .

(٩) في ا و ح : « أو يترك » . وفي ب : « إلا أن يترك » .

(١٠) في ا كذا : « بالاقضاء » .

(١١) تفقه على محمد بن الحسن وقد توفي سنة ٢٢١ هـ . بالبصرة وهو قاض عليها . وله كتاب

الحجج . ومن تلاميذه أبو خازم القاضي أستاذ الطحاوي . وقيل : مافى الإسلام قاض أوفقه من عيسى (اللكنوى : الفوائد . والقرشي : الجواهر) .

(١٢) « عيسى ... أنه » ليست في ح وموضعها بياض فيها . وفي ب : « أنها » .

(١٣) في ا و ح : « تهاثر البيئات وترك » .

(١٤) كذا في ا و ب . و « قضاء » ساقطة من ح . وفي الأصل : « لا قضاء ترك » .

(١٥) في ا و ب و ح : « في الخارجين » .

يقضى بينهما ، ولو كان ترك^(١) في يد صاحب اليد ، لا بطريق^(٢) القضاء ،
ينبغي^(٣) أن يكون لصاحب اليد^(٤) ، إذا تهافت البيتان^(٥) .

فإن أرخا ، فإنه ينظر :

إن كان سن التاج يوافق أحد التاريخين : فهو له .

وإن أشكل الأمر^(٦) : سقط حكم^(٧) التاريخ ، وجعل كأنهما لم يذكر
التاريخ^(٨) .

وإن خالف الوقتين : ذكر في ظاهر الرواية أنه لا عبرة للتاريخ ،
والحكم فيه ما ذكرنا من غير تاريخ^(٩) . وذكر الحالم^(١٠) أن في رواية
أبي الليث^(١١) : تهافت البيتان^(١٢) ، ويبقى التاج في يد صاحب اليد ،

(١) في ا و ب - : « يترك » .

(٢) في - : « لا طريق » .

(٣) في ا : « وينبغي » .

(٤) « اليد » ساقطة من - .

(٥) في ا و ب - : « البيئات » - وانظر الكاساني ، ٦ : ٢٣٤ : ١٩ . والهداية والعناية
وتتأرجح الأفكار ، ٦ : ٢٣٦ . والزيلعي على الكنتز ، ٤ : ٢٩٤ - ٢٩٥ و ٣٢٠ وما بعدها .

(٦) فلم يعلم سنها (انظر الكاساني ، ٦ : ٢٣٤ : ٢٦) .

(٧) « حكم » ساقطة من - .

(٨) في ا و ب - : « تاريخا » .

(٩) في ا و ب - : « والحكم فيما ذكرنا من تاريخ التاج » . وذلك لأنه ظهر بطلان التوقيت ،
فكأنهما لم يوقتا ، فبقيت البيتان قائمتين على مطلق الملك ، من غير توقيت (الكاساني ، ٦ :
٢٣٤ : ٦ من أسفل) .

(١٠) راجع الهامش ٤ ص ٣٣٧ من الجزء الاول .

(١١) لعله نصر أبو الليث الحافظ السمرقندي (٥٢٩٤هـ) راجع - ١ ص ١٧٠ .

(١٢) في ا : « البيئات » .

قضاء ترك - وهو الأصح ^(١) .

. . .

و كذا الجواب في كل ما لا يتكرر فيه ^(٢) سبب الملك ، ولا بعاد ،
ولا يصنع مرتين : فهو ^(٣) كالنتاج .

وما يتكرر فيه سبب الملك ، وبصنع مرتين : فهو على التفصيل الذي
ذكرنا من دعوى الملك المطلق و ^(٤) بالسبب ^(٥) .

. . .

وإذا كان هائط بين دارين ، وليس لواحد منهما عليه ^(٦) جذوع ،
ولا له ^(٧) اتصال بالبناء : فإنه يكون بينهما ، لاستوائها في الاستغلال .

(١) في ا و ح : « وقال : هو الأصح » . وفي ب : « وقال : هو الأصح » . وفي الكاساني
(٦ : ٢٣٤ : ٣٠) : « وهو الصحيح » .

« ووجهه أن سن الدابة إذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البيئتين ، فاتحقتا بالعدم ،
فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان - والجواب أن مخالفة السن الوقتين بوجوب كذب الوقتين
لا كذب البيئتين أصلاً ورأساً » (الكاساني ، ٦ : ٢٣٤ : ٣٠) - وانظر الفروض الأخرى في
الكاساني ، ٦ : ٢٣٨-٢٣٩ .

(٢) في ا و ح : « يتكرر في » .

(٣) « فهو » من ا و ب و ح .

(٤) الواو من ا و ب و ح - انظر الهامش التالي .

(٥) في ا : « ... التفصيل ذكر من ادعى الملك المطلق وبالسبب » . وفي ح : « التفصيل
وذكر .. (مثل ما في ا) » . وفي ب : « ... التفصيل والذي ذكرنا من دعوى الملك المطلق
وبالسبب » . راجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٥ : ١-٣ . وراجع فيها تقدم ص ٢٩٥ وما بعدها
وص ٢٩٩ وما بعدها .

(٦) « عليه » ليست في ح . وفي ا و ب و ح : « وليس لأحدهما » .

(٧) في ا : « جذوع وله » .

وإن كان لأحدهما عليه^(١) جذوع : فالخائض له ، لأنه^(٢) مستعمل له^(٣) .

وإن كان لهما جذوع ، على السواء : فهو لهما ، لاستواءهما .
وإن كان لأحدهما أكثر^(٤) : ذكر الكرخى أنه إذا كان لأحدهما ثلاثة^(٥) فصاعدا ، وللآخر^(٦) كثير^(٧) : فهما سواء^(٨) . أما إذا كان لأحدهما مادون الثلاثة^(٩) ، وللآخر^(١٠) أكثر : فهو لصاحب الكثير - وكذا ذكر محمد في^(١١) كتاب الإقرار ، وذكر في كتاب

(١) « عليه » من ا و ب و ح .

(٢) « لأنه » ناقصة « نه » في ح . ففيها : « لا » فقط .

(٣) راجع الكاساني ، ٦ : ٢٥٧ : ١

(٤) أي جذوع أكثر (راجع الكاساني ، ٦ : ٢٥٧ : ٢)

(٥) كذا في ا و ب والكاساني (٦ : ٢٥٧) . وفي الأصل و ح كذا : « ثلثه » .

وانظر فيما يلي الهامش ٩ .

(٦) في ح : « والآخر » .

(٧) كذا في ب : « كثير » . وفي الأصل و ا و ح : « كثيره » بالهاء لا بالتاء . وانظر

الكاساني ، ٦ : ٢٥٧ .

(٨) لأن الاستعمال لا يحصل بما دون الثلاثة (وهي أقل الجمع الصحيح) لأن الجدار لا يبنى له عادة وإنما يبنى لأكثر من ذلك . فإذا كان لأحدهما ثلاثة والآخر أكثر يكونان قد استويا في استعمال الخائض ، لأن زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة ، والزيادة من جنس الحجة لا يقع بها الترجيح ، وإذا استويا في استعمال الخائض استويا في ثبوت اليد عليه (انظر الكاساني ، ٦ : ٢٥٧) .

(٩) كذا في ب والكاساني (٦ : ٢٥٧) وفي الأصل و ا و ح : « الثلث » . راجع فيما

تقدم الهامش ٥ .

(١٠) في ح : « والآخر » .

(١١) في ح : « وكذا ذكر محمد وذكر في كتاب » .

الدعوى،^(١) أن لكل واحد منهما ما تحت خشبته ، ولا يكون له كل الحائط^(٢) .

وإن لم يكن لهما جذوع ، ولا أحدهما اتصال بالبناء من جانب واحد ، أى يكون بعض ألبان الحائط المدعى به فى حائط مملوك له^(٣) - قال^(٤) : صاحب الاتصال أولى .

وذكر فى « الأصل » أنه إذا كان اتصال ترييع^(٥) : فهو أولى من صاحب الجذوع .

وروى عن أبى يوسف أنه إذا^(٦) كان الاتصال من الطرفين^(٧) : كان أولى من صاحب الجذوع^(٨) .

والمراد من اتصال الترييع أن يكون بعض الألبان متداخلا فى البعض ، كالأزج^(٩) والطاقات^(١٠) ، وأبو يوسف اعتبر هذا فى جانبى^(١١)

(١) فى ب : « الدعوى » .

(٢) راجع فى بيان وجه ذلك كله : الكاسانى ، ٦ : ٢٥٧

(٣) فى ا : « أى يكون بعض ألبان الحائط المدعى به فى الحائط المملوك له » . وفى ح : « أى يكون بعض الحائط المدعى به فى الحائط المملوك له » . وفى ب كذا : « أى يكون بعض الباب حائط المدعى به فى حائط مملوك له » .

(٤) فى ب : « فإن » .

(٥) سيأتى بمذليل فى المتن المقصود بالترييع .

(٦) « إذا » ليست فى ح .

(٧) فى ا و ح : « من الطرفين » .

(٨) « وروى عن أبى يوسف ... الجذوع » مكررة فى ب .

(٩) الأزج بيت بينى طولاً ويقال الأزج السقف والجمع آزاج (المصباح) .

(١٠) فى القاموس : الطاق ما عطف من الابنية والجمع طاقات وطيقان .

(١١) فى ب كذا : « اعتبرها فى بنا » .

الحائط المدعى به متصلاً بحائطي^(١) المدعى ، لأن هذا دليل على أن باني^(٢) الحائط هو ، ثم لصاحب الجذوع حق^(٣) وضع الجذوع في هذه المسألة^(٤) .

وكذا إذا كان له جذع^(٥) واحد: فالحائط لصاحب الأ^كثر ، وله حق الوضع^(٦) ، وليس لصاحبه^(٧) أن يرفع إلا إذا أقام^(٨) البينة أن الحائط له ، فحينئذ يرفع ، لأن البينة دليل مطلق^(٩) .

وإن كان خُصماً^(١٠) بين^(١١) شخصين^(١٢) ، والقُطْمُ^(١٣) إلى أحدهما ، وادعى كل واحد الحُصَّ: فهو بينهما عند أبي حنيفة ولا يرجع^(١٤)

(١) في أ و ح : « بحائط » .

(٢) في أ و ح كذا : « يأتي » .

(٣) في ب : « في حق » .

(٤) راجع في ذلك الكاساني ، ٢٥٧ : ٦ .

(٥) في ح : « جذوع » .

(٦) في أ كذا : « الوضع » .

(٧) في ب : « له » .

(٨) في ح : « قام » .

(٩) « مطلق » ليست في ح - وانظر الهامش بعد التالي . وراجع الكاساني ، ٢٥٧ : ٦ .

(١٠) الحُصَّ البيت من القصب والجمع أخصاص (المصباح) .

(١١) « مطلق » . بين « ليست في ح - راجع الهامش قبل السابق » .

(١٢) في أ و ب و ح : « سطحين » . وفي الكاساني (٦ : ٢٥٨ : ١٦) : « بين دارين أو بين كرمين » .

(١٣) القُطْمُ الشَّرْطُ جمع شريط وهو ما يعمل من ليف وخصوص قيل القمط الخشب التي

تكون على ظاهر الحُصَّ أو باطنه يشد إليها حَرَادِيُّ القصب أو رؤوسه (المصباح) . وفي المصباح : وتحاكم رجلان إلى القاضي شريح في خص تنازعه فقضى به لذي إليه القمط .

(١٤) في أ و ب و ح : « ولا يرجع » .

بكون^(١) القمط فى جانبه . وقالأ بأن صاحب القمط^(٢) أولى^(٣) .
ولو كان وجه البناء أو الطاقات^(٤) على الحائط فى أحد الجانبين :
<ف> لا يرجح هذا^(٥) ، بالإجماع^(٦) ، لأن هذا لا يختص بالملك .

. . .

ولو^(٧) كان لأحدهما سفلى ، وللآخر علو : فليس لصاحب السفلى أن
يتصرف تصرفاً لم يكن فى القديم^(٨) ، وإن كان^(٩) لا يتضرر به^(١٠) .
صاحبه عند أبى حنيفة . وعندهما : لا بأس به إذا لم يكن فيه ضرر - وكذا
صاحب العلو .

(١) كذا فى اوب و ح . وفى الأصل : « فيكون » .

(٢) « القمط » ساقطة من ا .

(٣) وجه قولهما اعتبار العرف والعادة فإن الناس فى العادة يعملون وجه البناء وأنصاف
اللين والطاقات والنق والقمط لى صاحب الدار فيدل على أنه بناؤه فكان فى يده . ولأبى حنيفة
أن هذا دليل اليد فى الماضى ، لا وقت الدعوة ، واليد فى الماضى لا تدل على اليد وقت الدعوة ، والحاجة
فى إثبات اليد وقت الدعوة (الكاسانى ، ٦ : ٢٥٨ : ١٧ - ٢٠) .

(٤) كذا فى اوب و ح . وفى الأصل تشبه أن تكون كذلك وإن كان البادى للاظـهـرة
الأولى : « والطاقات » . راجع فيما تقدم الهامش ١٠ من ٣١٢ .

(٥) فى اوب و ح : « لا يرجح بهذا » . وانظر الهامش التالى .

(٦) فى ب : « الإجماع » . وراجع الهامش المتقدم .

(٧) هذا بيان حكم الملك والحقى الثابت فى المحل - وقد تكلم عايه بالتفصيل الكاسانى
(٦ : ٢٦٣ السطر الأسفل - ٢٦٦) .

(٨) فى ح : « فى القيام » - والمقصود بقوله « تصرفاً لم يكن له فى القديم » أن يتصرف
تصرفاً لم يكن قبل ذلك (انظر الكاسانى ، ٦ : ٢٦٥ : السطر الأسفل) .

(٩) « كان » من اوب و ح .

(١٠) « به » ليست فى ا ر ح .

ولو انه دما^(١)، فامتنع صاحب السفلى عن^(٢) البناء : لا يجبر عليه، لأن
الاإنسان لا يجبر^(٣) على عمارة بيته^(٤)، لكن يقال لصاحب العلو : « ابن
بمالك^(٥) السفلى، وضع عليه علوك، وارجع عليه بقيمته^(٦) مبنيًا، وامنع
الآخر عن^(٧) السكنى حتى يدفع القيمة^(٨) » .

وكذا الجواب فى الحائط بين الدارين .

ولو هدمه^(٩) أحدهما : يجبر^(١٠) على العمارة - والله تعالى أعلم .

(١) فى ا و ح : « نه دما » .

(٢) فى ب : « من » .

(٣) « لا يجبر » ليست فى ح .

(٤) فى ا و ب و ح : « ملكه » .

(٥) كذا فى ا و ح . وفى الاصل و ب : « لملك » . وفى الكاساني (٦ : ٢٦٤) :

« من مال نفسك » .

(٦) فى ا و ح : « وارجع على صاحبك بقيمه السفلى » .

(٧) فى ا و ح : « وامنه عن » .

(٨) فى ب : « النفقة » .

(٩) فى ا و ح : « هدم » .

(١٠) فى ب : « يجبر الآخر » ولعل الصحيح فيها : « يجبر < ه > الآخر » .

كتاب الإقرار

قال رحمه الله ^(١) :

يحتاج في هذا الكتاب ^(٢) إلى :

بيان كون الإقرار حجة ،

وإلى بيان ألقاظ الإقرار ،

وإلى بيان شرائط صحته ،

وإلى بيان أنواع المقر به ،

وما يتصل بذلك ^(٣) من الفرق بين حالة الصحة وحالة ^(٤) المرض .

أما بيان ^(٥) كون الإقرار هبة :

فإنه خبر صدق ، أو ^(٦) راجح ^(٧) صدقه على كذبه ، فإن المال

(١) « رحمه الله » من ح و ا . و « قال رحمه الله » ليست في ب .

(٢) في ا و ح : « الباب » .

(٣) في ا و ح : « به » .

(٤) « حالة » من ب .

(٥) « بيان » ليست في ب .

(٦) في ا و ح : « أو » .

(٧) في ب : « راجح » .

محبوب المرء ، طبعاً ، فلا^(١) يقر به ، لغيره ، كاذباً^(٢) .

وأما بيان ألفاظ الإقرار - < فنقول > :

إذا قال : « لفلان على كذا » أو « لفلان قبلي كذا »^(٣) - فهو إقرار ، لأن^(٤) « على » كلمة إيجاب لغة ، والقبالة^(٥) والكفالة اسم للضمان .

وكذا إذا قال : « لفلان في مالي ألف درهم » - فهو إقرار له بذلك في ماله . لكن لم يبين محمد في « الأصل » أنه يكون مضموناً أو لا ،

وذكر أبو بكر الرازي^(٦) أنه إقرار بالشركة ، فيكون ذلك القدر المقر به عنده أمانة . وقال بعض مشايخ العراق : إن كان ماله محصوراً^(٧) :

فهو إقرار بالشركة . وإن كان غير محصور^(٨) : فهو إقرار في ذمته^(٩) .

وإن قال : « له من مالي ألف درهم » - فهو هبة : لا تصير ملكاً له إلا بقبوله والتسليم من المقر .

ولو قال : « له عندي ألف درهم » - فهو ودیعة .

(١) في ح و ا : « ولا » .

(٢) في ا و ح : « كذاب » .

(٣) « أو لفلان قبلي كذا » من ا و ب و ح .

(٤) زاد هنا في ا و ب و ح : « كلمة » .

(٥) تقول قبّلت به أفيل من بابي قتل وضرب قبالة بالفتح لذا كفالت . والقيل الكفيل وزناً ومعنى والجمع قبلاء وقبيل بضمين قبيل بمعنى فاعل (المصباح) .

(٦) راجع ترجمته في الهامش ه ص ٢٠٦ من الجزء الأول .

(٧) في ب كذا : « محظورا » . وفي ا و ح : « محضورا » . وفي الكاساني (٧ : ٢٠٨ :

١١ - ١٢) مثل ما في المتن .

(٨) في ب كذا : « محظور » . وفي ا و ح : « محضور » - راجع الهامش السابق .

(٩) في ا و ح : « في الذمة » .

وكذا لو قال : « معي » أو « في منزلي » أو « في بيتي » أو « في صندوق » أو « في ^(١) كيسى » - لاشئها ^(٢) لا ^(٣) تختص بالائجاب ، فيحمل على الاذن ^(٤) .

هذا الذى ذكرنا إذا ذكر هذه اللفاظ مطلقاً .

فأما إذا قرن ^(٥) بها لفظاً آخر ، مخالفاً للأول فى المعنى ، بأن قال : « لفلان على - أو : قبلى - ألف درهم وديعة » : يكون وديعة ، لأنه بيان معتبر ، فيصح ، بشرط الوصل ، كاستثناء .

أما إذا ذكر مطلقاً وقال : « عنيت به الوديعة ^(٦) » - لا يصدق ، لأنه خلاف الظاهر ، فلا يصدق على الغير .

وإن قال : « لفلان عندى - أو : معى - ألف درهم قرضاً » - فهو إقرار ، لأنه بيان معتبر ^(٧) .

ولو قال : « عندى كذا ، وأعنى ^(٨) به الاقرار » - صدق ، وإن فصل ^(٩) ، لأن هذا إقرار على نفسه ، فلا يهتم .

(١) « فى » من ا و ح .

(٢) فى ب : « لاشئها » .

(٣) « لا » ليست فى ا و ح .

(٤) فى ح : « الأول » .

(٥) فى ب : « أقرن » .

(٦) « به الوديعة » ليست فى ح . وفى ا : « به وديعة » . وانظر الهامش التالى .

(٧) « فيصح بشرط الوصل ... بيان معتبر » ليست فى ب .

(٨) كذا فى ا و ح : « وأعنى » . وفى الأصل ب : « وعننى » . انظر الهامش التالى .

(٩) « وإن فصل » ليست فى ا و ح . راجع الهامش السابق .

ولو قال : « له ^(١) من مالى ألف درهم لاحق لى فيها » - فهو إقرار ^(٢) .
 ولو قال : « لفلان ^(٣) عندى ألف درهم وديعة قرضا ، أو وديعة ديناً ،
 أو مضاربة قرضا أو ديناً ^(٤) ، أو بضاعة قرضا أو ديناً » - فهو إقرار إذا
 ادعى المقر له الدين ، لأن الضمان قد يطرأ ^(٥) على الأمانة .

ولو قال : « لفلان عندى ألف درهم عارية » - فهو قرض .
 وكذا فى كل ما يكال أو ^(٦) يوزن - لأن إعاره ما ^(٧) لا ينتفع
 بأعيانها إلا بالاستهلاك ^(٨) : يكون ^(٩) قرضا فى العرف .

وأما بيباه الشروط ^(١٠) :

فالعقل والبلوغ : شرط ، بلا خلاف ، لأنه لا يصح بدونهما ^(١١)
 التصرف الضار .

وأما الحرية : فهى شرط فى بعض الأشياء ، دون بعض ، على ما نذكر .

(١) فى ح : « لى » .

(٢) « ولو قال ... لإقرار » ليست فى ب .

(٣) « لفلان » من ا و ب و ح .

(٤) « أو مضاربة قرضا أو ديناً » ليست فى ا و ح .

(٥) فى الأصل و ب كذا : « يطرأ » . وفى ا و ح كذا : « نظرى » .

(٦) فى ا و ب و ح : « و » .

(٧) فى ا و ح : « لأن العارية مما » . وفى ب : « لأن عارية ما » .

(٨) فى ب : « باستهلاك » .

(٩) فى ا و ح : « فيكون » .

(١٠) فى ب : « الشرط » .

(١١) فى ا و ح : « لا يصح منهما » . وفى ب : « حتى لا يصح من الصبي والمجنون ، لأنه

وكذا الرضا والطَّوع: شرط - حتى لا يصح إقرار المكره بشيء ،
على ما يعرف في « كتاب الإكراه » (١) .

وأما بيانه أنواع (٢) المقر به :

فهو نوعان في الأصل : حقوق الله تعالى ، والثاني حقوق العباد .

أما حقوق الله تعالى - فنوعان (٣) :

أحدهما - أن يكون خالصا لله (٤) : كحسد الشرب (٥) ، والزنا ،
والسرقة - والإقرار به صحيح ، من الحر والعبد .

ولو رجع المقر (٦) عن ذلك ، قبل الاستيفاء : بطل الحد ، لاحتمال
الصدق في الرجوع ، فأورث شبهة ^{برائة} .

ويكتفى في ذلك بالإقرار (٧) مرة ، إلا في الزنا : فإنه يشترط
العدد أربع مرات ، لحديث ماعز (٨) ، بخلاف القياس (٩) .

(١) سيأتي « كتاب الإكراه » في هذا الجزء الثالث من « التحفة » .

(٢) « أنواع » ليست في ب .

(٣) في ب : « فهو نوعان » . وفي الكاساني (٧ : ٢٢٣ : ١٦) : « أما حق الله سبحانه وتعالى فنوعان أيضا : أحدهما - أن يكون خالصا لله تعالى وهو حد الزنا والسرقة والشرب ، والثاني - أن يكون للعبد فيه حق ، وهو حد القذف ، واصحة الإقرار بهائشراط ذكرناها في كتاب الحدود » .

(٤) « لله » من ح . وفي أ : « لله تعالى » .

(٥) في ح و أ : « شرب الخمر » .

(٦) في أ و ح : « المقر به » .

(٧) الباء من أ و ح . وفي ب : « ويكتفى بذلك في الإقرار » .

(٨) في أ و ح : « بحديث ماعز » . راجع فيما تقدم الهامش ٩ ص ٢١٩ .

(٩) راجع فيما تقدم ص ٢١٧ وما بعدها .

وروى عن أبي يوسف أنه اعتبر عدد الإقرار بعدد^(١) الشهادة :
 فشرط^(٢) في السرقة والشرب : الإقرار مرتين - لكن روى عنه أنه رجع .
 ويستوى الجواب ، في الإقرار بالحدود ، بين^(٣) تقادم العهد^(٤)
 وعدمه ، إلا في شرب الخمر : فإنه لا يؤخذ به عند أبي حنيفة وأبي يوسف
 بعد ذهاب رائحة الخمر ، استحساناً - لحديث ابن مسعود^(٥) . وعند محمد :
 يؤخذ^(٦) به^(٧) ، وهو القياس .

فأما حد القذف - فقد^(٨) ذكرناه في كتاب الحدود^(٩) .

• • •

وأما غفوق العباد - فأنواع :

منها - القصاص والدية^(١٠) .

(١) في أ و ب : « بعد » .

(٢) في أ و ب : « شرطا في السرقة ... » .

(٣) في أ و ب : « وبين » .

(٤) في أ و ب : « الزمان » .

(٥) كذا في أ و ب و ج . وفي الأصل تشبه : « بحديث ابن مسعود » . « وهو ما روى

أن رجلا جاء بابن أخ له إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فاعترف عنده بشرب الخمر
 فقال له عبد الله : بشس ول البيت أنت ! لا أدبته صغيراً ولا سترت عليه كبيراً ! - ثم قال رضي
 الله عنه : تلتاوه ومزمزوه واستنكهموه : فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه » (الكاساني ٧ ،

٥١ : ٢٥) - وانظر الزيلعي ، ٣ : ١٩٦ - ١٩٧ .

(٦) في ج كذا : « بوخر » .

(٧) « به » ليست في ب .

(٨) الناء من أ و ب و ج . وحد القذف هو الحد الذي هو حق الله سبحانه وتعالى ولا عبء

فيه حق - راجع ما قدمنا في الهامش ٣ ص ٣٢٠ نقلا عن الكاساني (٧ : ٢٢٣ : ١٦) .
 وراجع فيما تقدم ص ٢٢٧ .

(٩) راجع فيما تقدم ص ٢٢٣ وما بعدها .

(١٠) راجع فيما تقدم ص ١٤٢ وما بعدها .

ومنها - الأموال^(١) .

ومنها - الطلاق والعقاق وحق الشفعة^(٢) - ونحو ذلك .

والمال قد يكون عينا وقد يكون دينا ، وقد يكون معلوما وقد يكون مجهولا ، وقد يكون الإقرار في الصحة وقد يكون في المرض - فنذكر جملة ذلك إن شاء الله تعالى .

أما إقرار العبد - فنذكر^(٣) في كتاب المأذون إن شاء الله تعالى .
وأما الحر^(٤) - فأقراره بالمال ، صحيح ، كيفما كان ، سواء كان المال المقر به^(٥) عينا أو دينا ، وسواء كان معلوما أو مجهولا ، وعليه البيان . فجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار ، وجهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة والقضاء ، لأنه^(٦) لا يمكن القضاء بالمجهول^(٧) . فأما في الإقرار < ف > يؤمر بالبيان ، والقول قوله - بيانه :

— إذا أقر أنه « غصب من فلان مالا » أو « لفلان عليه^(٨) شيء أو حق » فإنه يؤمر بالبيان : فإذا بين شيئا له قيمة ، ويجرى فيه المنع والشح :

(١) « ومنها الأموال » ليست في ح .

(٢) في ب : « وحقوق الشفعة » . راجع في الطلاق ح ٢ ص ٢٥١ وما بعدها . وفي العقاق ح ٢ ص ٣٨٠ وما بعدها . وفي الشفعة ح ٣ ص ٦٦ وما بعدها .

(٣) الناء من ا و ب و ح .

(٤) تكررت كلمة « الحر » في الأصل .

(٥) « المقر به » من ا و ح .

(٦) « لأنه » من ا و ب و ح .

(٧) « القضاء بالمجهول » من ا و ح .

(٨) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « على » .

يصدق^(١) . وإن كان بخلافه : يجبر على بيان شيء له قيمة^(٢) .

— وفي الغصب إذا قال : « غصبت منه شيئاً »^(٣) ، فبين^(٤) ما لا قيمة له ، بأن قال « غصبت منه صبيداً حراً »^(٥) صغيراً ، أو « خيراً لمسلم » أو « جلد ميتة » : يصدق ، لأن^(٦) هذا مما^(٧) ينصب عادة .

— ولو قال : « غصبت شاة أو عبداً أو جارية » فبين تسليمها^(٨) أو مع العيب^(٩) ، أو^(١٠) قال : « غصبت داراً » فبين^(١١) في بلدة قريبة^(١٢) أو في بلدة بعيدة^(١٣) . يصدق ، لأن الغصب يكون على ما يتفق ، فيكون القول قوله ، إلا أن في غصب الدار : إن أمكنه تسليمها^(١٤) إليه^(١٥) : يسلم ، ولا ضمان عليه إن^(١٦) خربت أو عجز عن التسليم إلا عند محمد :

(١) في ا و ح : « صدق » . وفي ب كذا : « تصدق » .

(٢) في ا و ح : « بخلاف ذلك يجبر على البيان بما له قيمة » .

(٣) « منه شيئاً » غير واضحة في الأصل (المصورة) وأخذنا من ا و ب و ح .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « تبين » .

(٥) « حراً » من ا و ح .

(٦) كذا في ا و ب و ح . و « يصدق لأن » ليست ظاهرة في الأصل (المصورة) .

(٧) « مما » ليست في ا و ح .

(٨) في ب : « تسليمها » .

(٩) كذا في ا و ب و ح . و « مع العيب » غير واضحة في الأصل (المصورة) .

(١٠) في ب : « واو » .

(١١) في ا و ح : « وبين » .

(١٢) « قرية » ساقطة من ا و ح .

(١٣) في ح و ب : « بلد بعيد » .

(١٤) في ا و ح : « تسليمها » .

(١٥) « إليه » ليست في ب .

(١٦) في ب : « وإن » .

فإنه يجب عليه القيمة عند العجز - وهى مسألة معروفة .

— ولو قال : « على قفيز حنطة » - فهو بقفيز^(١) البلد الذى أقر فيه ،
فكذلك^(٢) الرطل والأثمان^(٣) - والصنجات - فذلك كله على وزن البلد .
— ولو قال : « على ألف درهم » - فهو على ما يتعارفه أهل البلد من
الأوزان أو^(٤) العدد^(٥) ؛ وإن لم يكن شيئا متعارفا ، فيحمل على
وزن سبعة ، فإنه الوزن المتبر فى الشرع^(٦) ، وكذلك فى الدينار : يعتبر
وزن^(٧) المئاقيل إلا فى موضع يتعارف فيه بخلافه^(٨) .

— ولو قال : « لفلان على درهم » أو « دينير » - فعليه التام ، لأن التصغير
قد يذكر^(٩) لصغر^(١٠) الحجم ، وقد يكون^(١١) لاستحقاق الدرهم ، وقد

-
- (١) فى ب : « قفيز » - والقفيز مكيال (المغرب) .
(٢) فى ب : « وكذا » - وفى ا و ح : « وكذلك » .
(٣) فى ا و ح : « والأثمان » وكلاهما صحيح : الأثمان جمع مئاة والأثمان جمع مئاة .
والمئاة والمن ما يكال به السمن وغيره وقيل الذى يوزن به رطلان المصباح) .
(٤) فى ب : « و » .
(٥) فى ا : « المسود » .
(٦) انظر الهامش بعد التالي .
(٧) فى ا و ب و ح : « يعتبرون » بدلا من « يعتبر وزن » .
(٨) فى المغرب : « الدرهم اسم المضروب المدور من الفضة كالدينار من الذهب .
وقوله المتبر فى الدينير وزن المئاقيل وفى الدراهم وزن سبعة : قال الكرخى فى مختصره : وهو
أن يكون الدرهم أربعة عشر قيراطا وتكون العشرة وزن سبعة مئاقيل والمائتان وزن مائة وأربعين
مئاقلا وكانت الدراهم فى الجاهلية مئاقلا مئاقيل وخفافا طبرية لما ضرت فى الإسلام جمعوا التثقل
والخفيف فجعلوها درهمين فكانت العشرة وزن سبعة مئاقيل . وذكر أبو عبيد فى كتاب الأموال
أن هذا الجمع والضرب كان فى عهد بنى أمية وطول القول فيه وهو فى المغرب » .
(٩) فى ا و ح : « قد يكون » .
(١٠) « اصغر » ليست فى ا .
(١١) فى ب : « وقد يذكر » .

يكون لحفة الوزن : فلا ينتقص الوزن بالشك .

— ولو قال : « فلان على دراهم أو ^(١) دنانير » - يقع على ^(٢) ثلاثة ، لأنها ^(٣) أقل الجمع .

— ولو قال : « على دراهم كثيرة » - يقع على عشرة عند أبي حنيفة ، وعندهما : على النصاب وهو مائتا درهم .

— ولو قال : « على مال عظيم ، أو « كثير ، أو « كبير ^(٤) » - فعليه مائتا درهم ، بلا خلاف ، عند بعضهم . وقيل : على قول أبي حنيفة : يقع على العشرة . وقيل : يعتبر ^(٥) حال المقر : إن كان غنيا يقع على ما يستعظم عند الاغنياء ، وإن كان فقيرا يقع على النصاب .

— ولو قال : « غصبت إبلا كثيرة ، أو « شيئاها ^(٦) كثيرة » - يقع على أقل النصاب من جنسه .

— وإن قال : « على حنطة كثيرة ^(٧) » - يقع ^(٨) عندهما على خمسة

(١) في ب و ح : « أو على » .

(٢) « على » ليست في ب .

(٣) كذا في ا و ح . وفي ب والأصل : « لائنه » .

(٤) « أو كبير » ليست في ا و ب و ح .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « يعتبر على » .

(٦) في ا و ح كذا : « شياه » . وفي ب : « شاء » . وفي الأصل : « شاء » ، وجع شاء : شاء وشياه (المصباح) .

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « كثيرة كثيرة » .

(٨) « يقع » من ا و ح .

أوسق^(١)، وعند أبي حنيفة : البيان إليه .

— وإن قال : « على »^(٢) أموال عظام — روى عن أبي يوسف أنه يقع على ستمائة ، لأن أقل الجمع ثلاثة^(٣) .

. . .

ولو قال : « على ثلاثة دراهم غير درهم^(٤) » — يلزمه درهمان ، لأن كلمة « غير » بالنصب للاستثناء^(٥) .

— وكذا إذا قال^(٦) : « على ثلاثة آلاف^(٧) درهم غير ألف^(٨) » — يلزمه ألفان ، لما قلنا .

— وكذا لو قال : « على ثلاثة دراهم إلا درهما^(٩) » — فعليه درهمان .

— ولو قال : « على عشرة إلا ثلاثة » — يلزمه سبعة .

(١) الوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو خمسة أساتير وثلاث عن الحسن وابن سيرين . قال الأزهري : الوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم والخمسة الأوسق ثلثمائة صاع والصاع ثمانية أرتال وهو مثل القفيز الحجاجي ومثل ربع الهاشمي (المغرب) .

(٢) « على » من أ .

(٣) راجع فيما تقدم (ص ٣٢٥) قوله : « ولو قال : على مال عظيم » .

(٤) « غير درهم » ليست في ب .

(٥) كذا في أ و ب . وفي الأصل كذا : « ... غير أما لنصب الاستثناء » . وفي ح :

« ... غير الاستثناء » اهـ .

(٦) كذا في أ و ح . وفي ب : « ولو قال » .

(٧) « على » ليست في أ و ح .

(٨) « آلاف » من أ و ب و ح . وفي الأصل : « ثلاثة ألف » .

(٩) في أ و ح : « غير الألف » .

(١٠) في ح و ب : « إلا درهم » .

— ولو قال : « إلا سبعة » : يلزمه ثلاثة ، لأن الاستثناء تكلم بالباقي .

وفي الاستثناء من الاستثناء : يكون الاستثناء من المستثنى ^(١) ، لا من المستثنى منه ^(٢) ، ويلحق ^(٣) ذلك بالمستثنى منه .

— إذا قال : « على عشرة دراهم إلا ثلاثة » ^(٤) إلا درهما ^(٥) . يلزمه ثمانية ، لأن ثلاثة ^(٦) صارت مستثناءة ^(٧) من العشرة ، ثم الاستثناء الثاني من الثلاثة ، لأنه أقرب إليه ، فيخرج درهم ويلتحق ^(٨) بالمستثنى منه ، وهو سبعة ، فصار ^(٩) ثمانية .

— ولو قال : « لفلان على عشرة دراهم إلا ثوبا » . لا يصح الاستثناء عندنا . وعند الشافعي : يصح ، ويخرج قدر قيمة الثوب .

— ولو استثنى شيئاً من المكيل والموزون ، بأن قال : « على عشرة دراهم إلا ^(١٠) قفيز حنطة » أو « على مائة دينار إلا عشرة دراهم » . يصح الاستثناء

(١) في ا و ح : « يكون استثناء من الاستثناء » . وفي ب : « يكون الاستثناء من الاستثناء » .

(٢) في ب كذا : « لا من الاستثناء منه » .

(٣) في ا و ح : « ويلحق » .

(٤) في ا و ح : « عشرة إلا ثلاثة دراهم » . وانظر الهامش التالي .

(٥) في ح : « إلا درهم » . وفي « إلا درهما » ليست في ا . وراجع الهامش السابق .

(٦) في ا و ح : « لأن الثلاثة » .

(٧) كذا في ح . وفي الأصل و ب : « صار مستثنى » . وفي ا : « صارت مستثنى » .

(٨) في ب : « ويلحق » .

(٩) الفاء من ا و ح .

(١٠) « ثوبا لا يصح الاستثناء ... دراهم إلا » ليست في ب .

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، ويخرج من ^(١) المستثنى ^(٢) منه قدر قيمة القفيز والعشرة ^(٣)، لأن الجنس واحد وهو القدر. وقال محمد وزفر رحمهما الله: لا يصح الاستثناء كما في الثوب.

— ولو قال لفلان: «على ألف درهم إلا قليلا» - يلزمه أكثر من النصف، والقول ^(٤) قوله في الزيادة مع يمينه.

— وكذا إذا قال: «على قريب من ألف» أو «زهاء ^(٥) ألف» أو «عظيم ^(٦) الألف»، لأن هذا أكثر من النصف بيقين، وفي الزيادة القول قوله.

— ولو قال: «على ألف ونيف» - فعليه الألف، وعليه ^(٧) بيان النيف، لأنه عبارة عن الزيادة.

— ولو قال: «على ألف و ^(٨) درهم» أو «على مائة ودينار» -

(١) من «ليست في».

(٢) في «كذا»: المستثنى منه.

(٣) في «ب»: «وهو العشرة» وقد وردت «وهو العشرة» في «أ» و «ب» قبل «قدر قيمة القفيز». وزر، أن الصحيح ما في الأصل فالمستثنى هو «قدر قيمة القفيز» في المثال الأول و «عشرة دراهم» في المثال الثاني.

(٤) في «ب»: «فالقول».

(٥) هذا في «ب» بمعنى قدر - يقال: هم زهاء ألف أي قدر ألف (المصباح). وفي الأصل «أو»: «وزنها».

(٦) عظم الشيء أكثره (المصباح). وفي القاموس: «وعظم الأمر بالضم والفتح مُعْظَمُهُ».

(٧) في «ب»: «فعلية».

(٨) الواو من «أ».

يكون^(١) المعطوف عليه من جنس المعطوف ، بالاتفاق .

وكذلك في جميع المكيّل ، والموزون ، والعددي المتقارب .

— وأما في المروض والعددي المتفاوت^(٢) ، بأن قال : « على عشرة وثوب » ، أو « عشرة وعبد » ، أو « عشرة ودابة » — فعلى قول محمد^(٣) : يلزمه المعطوف المسمى ، والقول قوله في بيان المعطوف عليه ؛ وعلى قول أبي يوسف : يكون المعطوف عليه من جنس المعطوف ، لأنّ العرف^(٤) على هذا .

. . .

ولو قال : « لفلان على ألف — لا بل ألفان »^(٥) ، < ف > جملة هذا^(٦) أن الاستدراك في الأقوارات^(٧) ثلاثة أنواع : إما أن يكون في^(٨) خـلاف جنس الأول ، أو^(٩) يكون في^(١٠) جنس الأول^(١١)

(١) في ب : « ويكون » .

(٢) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « المتقارب » . راجع في المتن السطر السابق .

(٣) « محمد » ليست في ح . وفي ا : « فعلى قول أبي حنيفة » .

(٤) في ح كذا : « الفرض » .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل : « بل لفلان » . وفي ا و ح : « ولو قال : على ألف

لا بل فالجملة » .

(٦) في ا و ب و ح : « فالجملة في هذا » .

(٧) في ا و ب : « في الإقرار » .

(٨) في ح : « من » . انظر الهامش بعد التالي والهامش ٢ من الصفحة الآتية .

(٩) في ح : « و » .

(١٠) في ا و ب و ح : « من » . راجع الهامش قبل السابق والهامش ٢ من الصفحة الآتية .

(١١) « الأول » ليست في ب .

واستدرك^(١) الغلط في^(٢) القدر من الكثرة والقلة ، أو في الصفة من الجودة والرداءة .

فأما^(٣) الأول - < ف > بأن يقول: « على ألف درهم - لا ! بل مائة دينار ، أو » كر خطئة - لا ! بل كر شعير . وحكمه أنه يلزمهما^(٤) جميعا ، لأن الغلط فيه نادر^(٥) ، < والنادر ملحق بالعدم >^(٦) .
وأما الثاني - بأن قال « على ألف درهم - لا ! بل ألفان »^(٧) أو قال^(٨) : « على دينار - لا ! بل ديناران »^(٩) - فيلزمه إلاكثر ، استحسانا ، والقياس أن يلزمهما^(١٠) جميعا ، كما في خلاف الجنس ، وكما^(١١) في الطلاق إذا قال^(١٢) : « أنت طالق واحدة - لا ! بل اثنتين »^(١٣) - يقع الثلاث ، وهو

(١) في أو ح : « واستدراك » .

(٢) في ا : « من » . وراجع الهامشين ٨ و ١٠ من الصفحة السابقة .

(٣) « فأما » من ب . وفي أو ح : « أو الأول » .

(٤) في أو ح : « أنه يلزمه » . وفي ب : « أنهما يلزماء » .

(٥) « نادر » من ا و ب و ح .

(٦) من الكسائي (٧ : ٢١٢ : ٣ من أسفل) .

(٧) « ألف درهم - لا ! بل ألفان » ليست في أو ح . وانظر الهامش التالي .

(٨) « أو قال » من ب .

(٩) في الاصل و ب : « دينارين » . وفي ح : « على درهم - لا ! بل ديناران » .

وفي ا : « على درهم - لا ! بل دينار » .

(١٠) في أو ح : « أن يلزمه جميعا » . وفي ب : « أن يلزمه الكل جميعا » .

(١١) « كما » ليست في أو ح فقيهما : « وفي » .

(١٢) « إذا قال » من ا و ب و ح .

(١٣) في ب : « اثنتين » .

قول أبي يوسف ومحمد ، وفي الاستحسان أنه إخبار^(١) ، ويجرى فيه الغلط ، فيصح التدارك ، بخلاف إنشاء الطلاق ، حتى إن في^(٢) الإخبار كذلك ، بأن قال^(٣) : « كنت^(٤) طلقت امرأتى أمس واحدة - لا ! بل ثنتين^(٥) » :
يقع على الأكثر .

وأما الثالث - بأن قال : « على ألف درهم^(٦) سود - لا ! بل بيض^(٧) » .
أو قال^(٨) : « على قنفيز حنطة جيدة^(٩) - لا ! بل وسط » : < ف > يلزمه
الأجود .

. . .

— ولو قال : « لفلان على ألف ثمن^(١٠) مبيع^(١١) إلا أنه^(١٢) زيوف » -
< ف > عند أبي حنيفة رحمة الله عليه يلزمه^(١٣) الجيد^(١٤) ، ولا يصدق ،

-
- (١) في ب : « الإخبار » .
 - (٢) « في » ليست في ح .
 - (٣) « بأن قال » ليست في ا .
 - (٤) « كنت » ليست في ب .
 - (٥) في ب : « اثنتين » .
 - (٦) « درهم » من ب .
 - (٧) في ا و ح : « أبيض » .
 - (٨) « أو قال » من ب . وفي ا و ح : « أو : على » .
 - (٩) في ا و ح : « جيد » .
 - (١٠) في ت : « من ثمن » .
 - (١١) كذا في ب . وفي الأصل : « بيع » .
 - (١٢) في ب : « أنها » .
 - (١٣) « الأجود ... يلزمه » ساقطة من ا و ح .
 - (١٤) في ب : « الجباد » .

سواء^(١) وصل أو فصل ، كما لو قال : « بعتك هذا العبد على أنه معيب » :
لم يصدق ، وإن وصل - وعندهما : إن وصل يصدق ، وإن فصل لا يصدق^(٢) .
وفي القرض روايتان عنه .

— وإذا قال : « على ألف درهم » مطلقاً ، ثم قال « زيوف » - يصدق
بشرط^(٣) الوصل في قولهم .

وفي الغصب والوديعة : يصدق ، وصل أو فصل .
— ولو قال : « على من ثمن بيع ، ألف درهم ستوقه »^(٤) أو رصاصاً -
لا يصدق عند أبي حنيفة ، وعن أبي يوسف أنه يصدق إذا وصل .
وفي^(٥) البيع الفاسد^(٦) وفي الغصب والوديعة : يصدق^(٧) في
الستوقه^(٨) ، بشرط الوصل ، في قولهم جميعاً^(٩) .

— ولو قال : « له على ألف درهم » ثم قال : « هو ثمن »^(١٠) عبد لم أقبضه
منه^(١١) . - لم يصدق في قول أبي حنيفة ، إلا أن يقول موصولاً ، والعبد

(١) ف ب : « وسواء » .

(٢) « وعندهما إن ... لا يصدق » ساقطة من ا و ح .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « بشرط » .

(٤) الستوق ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب الاكثر (راجع المغرب) .

(٥) « في » من ا و ح .

(٦) كذا في ا و ح . وفي الاصل : « والبيع فاسد » راجع الهامش السابق وانظر

الهامش التالي .

(٧) « وصل أو فصل ... واو قال ... والوديعة يصدق » ليست في ب .

(٨) في ا كذا : « وفي السرقة » . راجع فيما تقدم الهامش ٤ .

(٩) « جميعاً » ليست في ا و ح .

(١٠) في ا : « من ثمن » .

(١١) « منه » ليست في ب .

قائم بعينه ، في يد المقر له . وعندهما : إن صدقه المقر له كان القول قوله ، وإن لم يصدقه كان الالف له ، لازما عليه ^(١) .

— ولو قال : « اقتضيت ^(٢) من فلان ألف درهم التي لى عليه » أو قال : « استوفيت » أو « قبضت » أو « أخذت » - وقال المقر له : « لم يكن لك على شيء » - يؤمر بردها إليه ، مع يمينه ، على ما يدعيه المقر ^(٣) .

— ولو قال : « أخذت من فلان ألف درهم وديعة » ، فقال ^(٤) فلان : « بل أخذتها غصبا » - فالقول قول المقر له ، لما قلنا .

— ولو قال : « أودعني ^(٥) فلان ألف درهم » أو قال : « أعطاني وديعة » ، فقال : « لا ^(٦) ! بل أخذتها غصبا » - فالقول قول المقر ، لأنه ما أقر بسبب الضمان ، وهو ^(٧) الالف أخذ .

ثم الإقرار في حالة الصحة - يصح للأجنبي والوارث جميعا ^(٨) ، من جميع المال ، ولا يكون الدين المتقدم أولى ^(٩) ، ويكون الغرماء أسوة

(١) في ا و ح : « كان الالف في ذلك لا زما عليه » .

(٢) في ا و ح : « قبضت » .

(٣) في ا و ح : « المقر له » .

(٤) في ا و ح : « وقال » .

(٥) في ب الدال ساقطة .

(٦) « لا » من ب .

(٧) في ب : « وهو قول » .

(٨) « جميعا » ليست في ا و ب و ح .

(٩) « أولى » ليست في ا .

إذا صار مريضاً : ليس^(١) له^(٢) أن يؤثر البعض في القضاء ، وفي الأداء في حالة الصحة له أن يؤثر البعض^(٣) ، لأن الدين يثبت في الذمة حالة الصحة^(٤) ، وإنما ينتقل إلى المال بالمرض - فكذلك^(٥) على هذا .

أما^(٦) الإقرار في المرض^(٧) - < ف > يصح للأجنبي من جميع المال^(٨) ، ولا يصح للوارث إلا إذا أجاز الورثة ، لكن دين الصحة مقدم على دين المرض الثابت بإقراره . أما إذا ثبت بالبينة ، أو بمشاهدة^(٩) القاضى ، فهما سواء .

وإقرار المريض باستيفاء الدين في حالة المرض : يصح ، سواء كان دين الصحة أو دين المرض في الجملة - وهذا في حق الأجنبي ، وله تفاصيل كثيرة^(١٠) .

. . .

وأما الإقرار بالوارث من المريض أو من الصحيح - < ف > نوعان : في حق النسب ، وفي حق الميراث .

-
- (١) فى ب : « وليس » .
 - (٢) « له » ليست فى ا و ح .
 - (٣) « فى القضاء ... يؤثر البعض » ليست فى ب .
 - (٤) « الصحة » ليست فى ا و ح .
 - (٥) فى ا و ح : « وكذلك » .
 - (٦) « أما » ليست فى ا و ح ففيها العبارة السابقة متصلة بهذه .
 - (٧) فى ح كذا : « فى المريض » .
 - (٨) « المال » ليست فى ب .
 - (٩) فى ا و ح : « بشهادة » .
 - (١٠) فى ا و ح كذا : « ولو تفاضل كثيراً » . راجع هذه التفاصيل في الكاساني ، ص : ٢٢٦ : ٢٢٨ من أسفل .

أما فى النسب - فمن الرجل يصح بخمسة^(١) نفر: بالوالدين، وبالولد، وبالزوجة، وبكونه مولى لفلان^(٢) - لأنه ليس فيه تحميل^(٣) النسب على غيره^(٤).

ومن المرأة يصح بأربعة: بالوالدين، وبالزوج، وبالولاء، دون الولد^(٥)، لأن فيه تحميل^(٦) النسب على الغير.
ولا يصح الإقرار بالأخ والعم والحال فى حق النسب ونحو ذلك^(٧)، لما فيه من تحميل النسب، فلا بد من البينة.

فأما فى حق الميراث - <ف> إن لم يكن للمقر وارث ظاهر: صح إقراره فى حق الإرث^(٨)، لأنه إقرار على نفسه. فأما إذا كان له وارث ظاهر: <ف> لا يصح فى حقه، وإن كان الذى أقر به، مقدما عليه، بأن أقر بالأخ^(٩) وله خال^(١٠) وعم^(١١)، لأن فيه إبطال حق القريب. وكذلك لو كان له مولى الموالاة، لأنه آخر الورثة، فلا يصح إقراره فى حقه.

(١) فى ا و ح: «خمسة».

(٢) «فلان» ليست فى ح.

(٣) فى ا و ح: «حمل». انظر فيما يلى الهامش ٦

(٤) فى ب فى هذا الموضع تكرار وشطب وتصحيح.

(٥) فى ا و ح: «ولا يصح بالولد».

(٦) فى ا و ح: «حمل». راجع فيما تقدم الهامش ٣.

(٧) «ونحو ذلك» ليست فى ب.

(٨) كذا فى ا و ب و ح. وفى الأصل: «الوارث».

(٩) فى ب: «الأخ».

(١٠) فى ب: «خالة».

(١١) فى ا: «أو».

ولو أوصى بجميع ماله ، ثم أقر بأخ^(١) : صح إقراره ، وتنفذ الوصية من الثلث .

وكذا لو أقر بأخ ، ثم أوصى بجميع ماله : يصح من الثلث ، لأن إقراره بالأخ صحيح في حقه إن لم يصح في حق غيره .
ولو أقر بالأخ ، ثم رجع : صح ، لأنه ثبت بقوله^(٢) .

وعلى هذا - الوارث إذا أقر بوارث^(٣) آخر : يصح في حق نصيبه^(٤) ، حتى إن الأخ إذا^(٥) أقر بأخ آخر ، فإن ما^(٦) في يده يكون بينهما نصفين^(٧) .

وهذا كله إذا صدقه المقر له في ذلك ، فأما إذا لم يصدقه^(٨) : لم يثبت^(٩) .

(١) في ب : « بالأخ » .

(٢) في ا و ح : « قوله » .

(٣) في ا و ح : « لوارث » .

(٤) في ح : « في حق نفسه » .

(٥) « إذا » ليست في ح .

(٦) مكتوبة في الأصل هكذا : « فإنما » .

(٧) في الأصل و ب : « نصفان » . وهي ليست في ا و ح .

(٨) في ح : « لم يصدق » .

(٩) زاد في ب : « والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب » . وفي ا : « والله أعلم » .

كتاب الوصايا

في هذا ^(١) الكتاب فصلان :

فصل ^(٢) في الوصية ،

وفصل في الايصاء .

^(٣) نبدأ بالوصية - فنقول :

نحتاج ^(٤) إلى :

بيان الوصية ،

وإلى بيان صفة ^(٥) المشروعية ،

وإلى بيان شرائط الصحة ،

وإلى بيان الموصى به ،

وإلى بيان الموصى له ^(٦) ،

وما يتصل بهذه الجملة ^(٧) .

(١) في ب : « قال رحمه الله : في هذا » .

(٢) « فصل » ليست في ب .

(٣) في ب : « في الوصية » .

(٤) في ب و ح : « يحتاج » .

(٥) « صفة » من ا و ب و ح .

(٦) « وإلى بيان الموصى له » ليست في ب .

(٧) في ب كذا : « وما يبطل من هذه الجملة » .

أما الوصية

فهى تمليك، مضاف^(١) إلى ما بعد الموت ، بطريق التبرع، إذ التمليك أنواع ثلاثة، فلا بد لكل نوع من^(٢) اسم خاص ليميز عن صاحبه: فالبيع اسم لتمليك عين المال بعوض فى حالة الحياة ، و^(٣) الهبة والصدقة تمليك عين المال بغير عوض فى حالة الحياة^(٤) بطريق التبرع ، والعارية تمليك المنفعة بطريق التبرع فى حالة الحياة - فيكون الوصية اسماً لتمليك المال، بعد الموت ، بطريق التبرع^(٥)، فى العين والمنافع جميعاً .

فأما الإعتاق فى مرض الموت تنجيذاً ، وكذا^(٦) الهبة ، والمحابة - < ف > ليست من جملة الوصية : فإنها نافذة للحال . وكذلك الكفالة ، وضمان الدرك^(٧) - لكن فى معنى الوصية^(٨) على معنى أنه يعتبر^(٩) من ثلث المال ، لتعلق حق الغرماء بالتركة^(١٠) فى مرض الموت .

(١) فى ب : « فهو تمليك يضاف » .

(٢) « إذ التمليك أنواع ثلاثة فلا بد لكل نوع من » من ا و ح . وهى فى ب ماعدا

« ثلاثة » .

(٣) « الحياة و » ساقطة من ت ففيها : « بعوض فى حالة الهبة » .

(٤) فى ا و ب و ح : « فى حال الحياة بغير عوض » . إلا أن فى ب : « وبغير عوض » .

(٥) « فى حال الحياة فيكون الوصية... التبرع » ليست فى ب . وكلمة « التبرع » ليست فى ا .

(٦) فى ح : « تنجيز وكذا » . وفى ا : « تنجيز وكذا » .

(٧) الدرك « هو رجوع المشتري بالتمن على البائع عند استحقاق المبيع » (البارقى ،

الغناية ، ٩ : ٨٦) .

(٨) « فإنها نافذة... فى معنى الوصية » ليست فى ب .

(٩) فى ا و ح : « معتبر » .

(١٠) فى ح كذا : « بالترك » .

ولو كان عليه حجة ^(١) الا سلام ، أو ^(٢) الزكاة ، أو ^(٣) الكفارات ، وجبت في الصحة أو في المرض - فيبطل ^(٤) بالموت عندنا . ولو أوصى بها : تصح ^(٥) من الثلث ، بمنزلة التبرع ^(٦) في المرض .
 . . .

وعلى هذا قلنا : إن القبول من الموصى له ، والرد ، يعتبر بعد الموت ، لأن الايجاب ينزل ^(٧) بعد الموت ، والقبول يشترط عند الايجاب ، كما في البيع وغيره - وهذا عندنا .

وعند زفر : القبول ليس بشرط ، ولا ترد ^(٨) بالرد ، كالإيراث . ولو رد ، أو ^(٩) قبل ، في حياة الموصى : لا يصح - حتى لو مات الموصى له ، بعد القبول ، قبل موت الموصى : فإن الوصية لا يكون ملأ لورثة الموصى له .

ولو مات الموصى له . بعد ^(١٠) موت الموصى ، قبل القبول والرد :
 < ف > القياس : أن لا يكون لورثة الموصى له شيء ، لأن القبول لم

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « حج » . راجع ح ١ ص ٥٧٧ وما بعدها .

(٢) في ا و ح : « و » .

(٣) الممزة من ب .

(٤) في ا و ح : « تبطل » .

(٥) كذا في ا . وفي الأصل و ب و ح : « يصح » .

(٦) « التبرع » من ا و ب و ح .

(٧) « ينزل » من ا و ب و ح .

(٨) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « ولا يرتد » .

(٩) في ب : « و » .

(١٠) « القبول قبل ... الموصى له بعد » ليست في ب .

يوجد من الموصى له، فيبطل . و^(١) في الاستحسان : يصير لورثته : إما^(٢) لأنه وجد القبول منه^(٣) دلالة ، أو لأن^(٤) الإيجاب قد تم بنفسه ، وتوقف^(٥) على قبوله ، فإذا مات : ثبت الملك له ، كأنه قبل دلالة - كالمشتري^(٦) بالخيار : إذا مات يلزم^(٧) العقد . فلو رد ورثته بعد موته - هل يصح ردهم ؟ اختلف المشايخ فيه^(٨) : قيل : يجوز الرد ، لأنه صح لوجود القبول منهم دلالة ، فإذا وجد الرد^(٩) صريحا : يبطل . و^(١٠) قيل : لا يجوز^(١١) ، لأنه صار ميراثاً للورثة ، عن الموصى له^(١٢) ، لصيرورته ملكا له ، بالموت^(١٣) ، ولا يصح رد الميراث .

وأما بيان المشروعية^(١٤) - < فنقول > :

قال بعضهم : مشروعة^(١٥) ، بصفة الوجوب ، في حق الكل .

-
- (١) « و » ساقطة في ح .
 - (٢) « إما » ليست في او ح .
 - (٣) في او ح : « منهم » .
 - (٤) في ح كذا : « أولا لأن » . وفي ب : « دلالة لأن » .
 - (٥) في او ب و ح : « ويوقف » .
 - (٦) في ج كذا : « المشتري » .
 - (٧) في او ح : « يتم » .
 - (٨) « فيه » من او ح .
 - (٩) « الرد » من او ب و ح .
 - (١٠) « و » ساقطة في ح .
 - (١١) في ا : « لا يبطل » .
 - (١٢) في ح : « الموصى به » .
 - (١٣) في ب : « بعد الموت » .
 - (١٤) لعل الأدق أن يقال : « وأما بيان صفة المشروعية » - راجع فيما تقدم ص ٣٣٧ .
 - (١٥) في او ب و ح : « مشروعيته » .

وقال بعضهم : واجبة في حق الوالدين ، لقوله تعالى : « الوصية للوالدين والأتقرين » (١) .

والصحيح أنها مشروعة بطريق النذب (٢) ، لقوله عليه السلام : « إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم ، في آخر أعماركم ، زيادة في أعمالكم » .

وأما شرائط الصمة :

فمنها (٣) - أهلية التبرع : حتى (٤) لا يصح من الصبي ، والمبند والمكاتب في حق المولى (٥) .

ومنها - عدم الدين : لقوله تعالى : « من بعد وصية يوصي بها أو دين » (٦) .

ومنها - التقدير (٧) بثلاث التركة : حتى إنها لا تصح ، فيما زاد على الثلث ، إلا أن يجيز (٨) الورثة ، وإجازتهم وردهم يصح بعد الموت . أما قبل

(١) البقرة : ١٨٠ والآية : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً : الوصية للوالدين والأتقرين بالمعروف حقاً على المتقين » .

(٢) في بكذا : « النذر » .

(٣) الفاء من ا و ب و ح .

(٤) « حتى » من ا و ب و ح .

(٥) راجع باب الكتابة ص ٤١٦ وما بعدها من الجزء الثاني .

(٦) وردت في الآيتين ١١ و ١٢ من سورة النساء . أما الأولى : « فلائمه السدس من

بعد وصية يوصي بها أو دين » . وأما الثانية : « فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار » .

(٧) في ح : « تقدير » .

(٨) في ا و ح : « يجيزها » .

الموت: < ف > لا يصح، لما قلنا: إن^(١) الملك بالوصية يثبت بعد الموت^(٢) .
ومنها - أن يكون الموصى له أجنبياً : حتى إن الوصية للوارث
لا تجوز إلا بإجازة الورثة ، لقوله عليه السلام : « لا وصية لوارث^(٣) »
إلا أن يجيز^(٤) الورثة - فإن أجاز بعض الورثة : تنفذ بقدر حصته من
الميراث لا غير .

ومنها - أن لا يكون قاتلاً ، لقوله عليه السلام : « لا وصية لقاتل » .
واو أجاز الورثة : يجوز عند أبي حنيفة ومحمد ، لأنه لا يجوز لحق الورثة ،
فيجوز بإجازتهم ، كما في وصية الوارث^(٥) . وعند أبي يوسف : لا يجوز ،
لأن المانع حق الله تعالى ، فصار كالميراث .

ومنها - أن يكون الموصى له موجوداً ، حياً^(٦) : حتى لو أوصى
للجنين : إن كان موجوداً حياً^(٧) عند الإيصاء ، يصح ، وإلا فلا . وإما
يعرف بأن ولد ، قبل ستة أشهر ، حياً^(٨) .

(١) في ا و ب و ح : « لأن » .

(٢) انظر فيما تقدم س ٣٣٨ و ٣٤٠ وفيما بعد الكلام على « الموصى به » (مر ٣ : ٤) .
وانظر الكاساني ، ٧ : ٣٦٩ و ٢٣ وما بعد ذلك .

(٣) في ح : « للوارث » .

(٤) في ا و ح : « تجيز » .

(٥) في ا و ب و ح : « في الوصية للوارث » . وراجع السطور السابقة في المتن .

(٦) « حياً » ليست في ا و ب و ح .

(٧) « حياً ... حياً » ليست في ا و ح . ففيهما : « الموصى له موجوداً عند الإيصاء » .

(٨) « حياً » ليست في ا و ب و ح .

وأما بيان الموصى به :

فالموصى به ^(١) يجب ^(٢) أن يكون مالا .
ثم المال نوعان : المنافع ، والأعيان ^(٣) .
أما الوصية بالمنافع :

فجائزة ^(٤) - بأن أوصى بخدمة ^(٥) عبد بعينه ، لفلان : يكون وصية بالخدمة له ^(٦) ، وعين العبد تكون ^(٧) للورثة . ما دام الموصى له حيا ، وإذا مات فيسلم ^(٨) العبد إلى الورثة ، فإنها في معنى العارية المؤبدة ، فينتهي بموت الموصى له .

وكذا لو أوصى ^(٩) بالعبد لآلئسان وبخدمته ^(١٠) لآخر - جاز ، لما قلنا .
وكذا ^(١١) لو أوصى بسكنى داره ، أو بغلة بستانه ، ولم يوقت في

(١) « فالموصى به » ليست في ح و ب .

(٢) في ا و ح : « وجب » .

(٣) في ا : « منافع وأعيان » .

(٤) الفاء من ب .

(٥) « بخدمته » ليست في ح .

(٦) في ا و ح : « يكون الخدمة له » . وفي ب : « يكون وصية له بالخدمة له » .

(٧) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « يكون » .

(٨) الفاء من ح .

(٩) واو « أوصى » ساقطة من ب .

(١٠) في ا و ح : « وخدمته » .

(١١) « كذا » ليست في ا و ح . ففيها : « ولو » .

ذلك وقتاً - فيكون^(١) للموصى له مدة حياته ، ويعود البستان والدار إلى الورثة ، وما كان^(٢) من الثمرة والغلة حاصلًا قبل موت الموصى له ، فيكون^(٣) لورثته^(٤) ، وما يحصل بعد موته^(٥) يكون لورثة الموصى . وإنما يجوز^(٦) إذا خرج من الثلث ، وإنما يعتبر خروج قيمة^(٧) الأعيان التي أوصى بغلتها وخدمتها وثمرتها من الثلث ، دون^(٨) أن يضم الغلة وقيمة^(٩) الثمرة والخدمة إلى رقة الأعيان .

ولو أوصى بالثمره أو بالغلة للمساكين : جاز ، بالإجماع .
ولو أوصى بسكنى داره ، أو^(١٠) بخدمة عبده^(١١) ، أو بظهر فرسه للمساكين : لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما : يجوز .
ولو أوصى لفقير واحد بعينه : جاز^(١٢) - وهي مسألة^(١٣) معروفة .

. . .

(١) « فيكون » ليست في ب .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « وما كانت » .

(٣) الفاء من ب .

(٤) في ب في هذا الموضع خطأ في الترقيم بترك رقم ١٩٣ وإثبات رقم ١٩٤ بعد ١٩٢

والكن ليس هناك نقص في العبارة .

(٥) « بعد موته » من ا و ب و ح .

(٦) في ا و ح : « يكون » .

(٧) « قيمة » ليست في ب . وانظر الهامش التالي .

(٨) في ا و ح : « وإنما يعتبر خروج الثلث بقيمة الأعيان التي أوصى بغلتها وخدمتها وبموته

دون ... » .

(٩) « قيمة » ليست في ا و ح . ففيها : « والثمره » .

(١٠) في ب : « و » .

(١١) « عبده » ليست في ح . ففيها : « أو بخدمته أو » .

(١٢) « ولو أوصى ... جاز » ليست في ا و ح .

(١٣) « مسألة » من ا و ب و ح .

وأما الوصية بأعيان الأموال :

فإنه ^(١) يجوز ، سواء كان الموصى به موجوداً معيناً ، أو بربع ^(٢) المال أو ثلثه ^(٣) أو خمسه ^(٤) وله مال ، أو ^(٥) أوصى بالمعدوم ، بأن يوصى بما يثمر نخله أو ما يخرج من ^(٦) بستانه ، أو بثلث ماله ولا مال له : فإن الوصية جائزة ^(٧) من الثلث ^(٨) . ويعتبر الثلث ^(٩) وقت موت الموصى ، لا قبله ، لما ذكرنا أنها إيجاب الملك عند الموت ^(١٠) - حتى إنه لو أوصى بثلث ماله وله ^(١١) ثلاثة آلاف درهم ^(١٢) ، ثم مات وله ألف : فإن الوصية تصح في ثلث ^(١٣) الألف ، لما قلنا .

ولو أوصى بلبن ^(١٤) غنمه ، وأصوافها ^(١٥) ، وأولادها ، ثم مات

(١) « فإنه » ليست في ا و ح .

(٢) في ب : « ربع » .

(٣) في ا : « أو ثلث المال » . وفي ح : « أو ثلث ماله » .

(٤) في ا و ب و ح : « أو بخمسه » .

(٥) في ح : « وله ماله له » .

(٦) « من » ليست في ا و ح .

(٧) التاء من ا و ب و ح .

(٨) « من الثلث » ليست في ا و ح .

(٩) في ا و ح : « الثلث فيه » .

(١٠) راجع فيما تقدم ص ٣٣٨ و ٣٤٠ .

(١١) « له » ليست في ا و ح .

(١٢) أي عند الوصية .

(١٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « من الثلث » .

(١٤) في ا و ح : « بثلث » .

(١٥) في ح كذا : « وأصوافها » .

الموصى : فإنه يقع على ما هو الموجود يوم الموت ، دون ما يحدث من ^(١) بعد الموت ، وإن لم يكن شيئاً موجوداً وقت ^(٢) الموت ؛ بخلاف الوصية بشجرة ^(٣) النخلة : فإنه يقع على الموجود وقت الموت إن كان ، وإن لم يكن : يقع على ^(٤) ما يحدث بعد موت الموصى .

وأما الوصية بالموجود ^(٥) - < ف > إن ^(٦) كان شيئاً معيناً : فإنه يصح فيه ، حتى إذا خرج من الثلث : يكون للموصى له ، وإن لم يكن ^(٧) يخرج : يكون له بقدر الثلث . وإذا هلك ثلثاه وبقي الثلث : يكون ^(٨) كل الثلث له إن خرج ^(٩) من ثلث المال .
وأما إذا كانت ^(١٠) الوصية بثلث المال أو بربعه ^(١١) ونحو ذلك :

فإن خرج ^(١٢) : يكون له ^(١٣) ؛ وإن لم يخرج : يكون له بقدر الثلث .

. . .

(١) « من » ليست في ا و ح .

(٢) في ح كذا : « أو وقت » .

(٣) في ا و ح : « بشجر » . وفي ب تشبه : « بنمن » .

(٤) « على » ليست في ح .

(٥) في ا كذا : « بالموت » .

(٦) في ب : « وإن » .

(٧) « يكن » ليست في ا و ب و ح .

(٨) في ب : « فيكون » .

(٩) في ا و ح : « لأن كان يخرج » .

(١٠) التاء من ا و ح .

(١١) في ب : « بثلث المال وربعه » .

(١٢) في ا و ح : « يخرج » .

(١٣) « له » ليست في ا و ح .

وأما إذا اجتمعت ^(١) الوصايا : لأحدهم ^(٢) بالثلث ، وآخر بالربع
ولآخر بالخمس ^(٣) : < ف > إن أجاز الورثة : جاز في الكل . و ^(٤) إلا :
يصرف إلى كل واحد منهم من الثلث بقدر وصيته ، ويتضاربون في
ذلك : فيكون ثلث الثلث ^(٥) لهذا و ^(٦) ربع الثلث وخمس الثلث للآخرين
كما في المواريث ^(٧) .

وإن كان وصية أحدهم ^(٨) أكثر من الثلث ، بأن أوصى له بالنصف
أو بالثلثين ^(٩) :

< ف > عند أبي حنيفة : يضرب من زاد نصيبه على الثلث بالثلث
دون الزيادة ، ومن كان نصيبه دون الثلث فيهما سمي له ^(١٠) .
وعندهما : يضرب صاحب الزيادة بجميع ما سمي له ^(١١) ، كما في

(١) التاء من ب .

(٢) في ا و ح : « ولأحدهم » .

(٣) في ح : « ولأحدهم الثلث والآخر الربع والآخر بالخمس » .

(٤) « إن أجاز الورثة جاز في الكل » وليست في ا و ح . وفيها : « بالخمس إن خرجت
من ثلث المال يصرف (وفي اكذا : يضرب) » . وفي ب : « إن أجاز الورثة جاز والأصح
يصرف ... الخ » .

(٥) كذا في ب . وفي الاصل : « الثلث الثلث » . وفي ا و ح : « ثلث المال » .

(٦) في ح : « أو » .

(٧) « الثلث وخمس الثلث ... المواريث » ليست في ا و ح . انظر الهامش التالي . وانظر

الكشاف ، ٧ : ٣٧٣ .

(٨) « وإن كان وصية أحدهم » ليست في ا و ح . وفي ب : « وصية أحدهما » راجع الهامش

السابق .

(٩) في ا و ح كذا : « بالنصف أو من الثلث بالثلثين » . وفي ب : « بالنصف أو بأكثر من

الثلث أو بالثلثين » .

(١٠) في ح : « يسمى له » . انظر الهامش بعد التالي .

(١١) « له » من ا و ح . وفي ح : « ما يسمى له » . انظر الهامش التالي .

وأجمعوا في خمس وصايا أنه يضرب بما سمي وإن جاوز عن الثلث (٢) :

(١) أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالنصف ، ولم تجز الورثة : فالثلث بينهما نصفين في قول أبي حنيفة : لكل واحد منهما سهم من ستة . وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله : على خمسة : لصاحب النصف ثلاثة ، ولصاحب الثلث سهران .

وإن أوصى لرجل برابع ماله ولآخر بنصف ماله ، ولم تجز الورثة : فلا خلاف في أن الوصية بالزيادة على الثلث لم ينفذ وإن نفذت ففي الثلث لا غير - ولأنما الخلاف في كيفية قسمة الثلث بينهما : فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى : يقسم الثلث بينهما على سبعة أسهم : للموصى له بالنصف أربعة - وللموصى له بالرابع ثلاثة . وعند أبي يوسف ومحمد : على ثلاثة : سهران للموصى له بالرابع لأن الموصى له بالنصف لا يضرب إلا بالثلث عنده والموصى له بالرابع يضرب بالرابع فيحتاج إلى حساب له ثلث ورابع وأقله اثنا عشر : ثلثها أربعة وربعا ثلاثة فتجعل وصيتها على سبعة وذلك ثلث الميراث وثلثاه مثله وذلك أربعة عشر وجميع المال أحد وعشرون : سبعة منها للموصى لها : أربعة للموصى له بالنصف وثلاثة للموصى له بالرابع .

وعند أبي يوسف ومحمد : يقسم الثلث بينهما على ثلاثة أسهم ، لأن الموصى له بالنصف يضرب بجميع وصيته عندهما ، والموصى له بالرابع يضرب بالرابع ، والرابع مثل نصف النصف ، فيجعل كل ربع سهران ، فالنصف يكون سهمين والرابع سهما ، فيكون ثلاثة ، فيصير الثلث بينهما على ثلاثة أسهم : سهران للموصى له بالنصف ، وسهم للموصى له بالرابع - وهذا بناء على أصل وهو أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب في الثلث بأكثر من الثلث من غير إجازة الورثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا في خمسة مواضع (ستأتي في السطر التالي من المتن) .

وجه قولهما أن الوصية وقت باسم الزيادة على الثلث من النصف ونحوه ، فيجب اعتبارها ما أمكن إلا أنه تمذر اعتبارها في حق الاستحقاق لما فيه من إبطال حق الورثة ، ولأنه لضرار سهم ، فوجب اعتبارها في حق الضرب ، ولأنه يمكن إذ لا ضرر فيه على الورثة ، ولهذا اعتبرت التسمية في حق الضرب فيما ذكرنا من المسائل .

ولأبي حنيفة رحمه الله أن الوصية بالزيادة على الثلث عند رد الورثة وصية باطلة من كل وجه يتيقن ، والضرب بالوصية الباطلة من كل وجه يتيقن باطل ، ولأننا إن الوصية بالزيادة وصية باطلة لأنها في قدر الزيادة صادفت حق الورثة إلا أنها وقفت على الإجازة والرد ، فإذا ردوا تبن أنها وقفت باطلة - وقوله « من كل وجه » يعني به استحقاقا وتسمية ، وهي تسمية النصف فالكامل فلم تقع الوصية صحيحة في مخرجها ، وقولنا « يتيقن » لأنها لا يحتمل النفاذ لحال - ألا يرى أنه لو ظهر للبيت مال آخر لنفذت هذه الوصية وهي الوصية بالزيادة على الثلث - بخلاف المواضع الخمسة . (راجع الكاساني ، ٧ : ٣٧٤ - ٣٧٥ . وانظر الهامش ٥ من الصفحة التالية) .

(٢) راجع الهامش المتقدم والهامش ٥ من الصفحة التالية .

في العتق الموقع في المرض ، وفي العتق^(١) المعلق بموت الموصى وهو التدبير^(٢) ، وبالحجابة في المرض ، و^(٣) بالوصية بالائتاق بعد الموت ، وبالوصية المرسله وهى الوصية بشئ بغير عينه ولا يكون منسوباً إلى جزء من المال نحو الوصية لفلان بمائة درهم و^(٤) نحوها^(٥) .

. . .

(١) في ح : « وفي عتق » .

(٢) راجع « باب المدبر » ص ٤١١ وما بعدها من الجزء الثانى .

(٣) « و » ليست في ح .

(٤) « و » من ا و ب و ح .

(٥) ففى هذه المواضع الخمسة يضرب بجميع وصيته من غير إجازة الورثة ، لأن الوصية ما وقعت باطله بيقين ، بل تحتل التنفيذ في الجملة ، بأن يظهر مال آخر لليت يخرج هذا القدر من الثلث ، فيبين أن الوصية ما وقعت بالريادة على الثلث ، فلم يقع باطله بيقين ، بخلاف الحال فيما إذا أوصى بأكثر من الثلث ، لأنه وإن ظهر له مال آخر يدخل ذاك المال في الوصية ولا يخرج من الثلث ، وهذا القدر يشكل بالوصية بيقين .

وصورة الوصية بالعتق : إذا كان له عبدان لا مال له غيرهما أوصى بعتقهما بقيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ، ولم تجز الورثة ، عتقا من الثلث ، وثلاث ماله ألف درهم ، فالألف بينهما على قدر وصيتهما ، ثلثا الألف للذى قيمته ألفان فيعتق ثلثه ويسمى في الثلثين للورثة ، والثلث للذى قيمته ألف فيعتق ثلثه ويسمى في الثلثين للورثة ، فإن أجازت الورثة عتقا جميعا .

وصورة ذلك فى الحجابة : إذا كان له عبدان أوصى بأن يباع أحدهما من فلان والآخر من فلان آخر بيما بالحجابة ، وقيمة أحدهما مثلاً ألف ومائة وقيمة الآخر ستائة ، فأوصى بأن يباع الأول من فلان بمائة والآخر من فلان الآخر بمائة ، فهنا حصلت الحجابة لأحدهما بألف وللآخر بمائة ، وذلك كله وصية ، لأنها حصلت فى حالة المرض - فإن خرج ذلك من الثلث أو أجازت الورثة جاز ، وإن لم يخرج من الثلث ولا أجازت الورثة ، جازت محاباتها بقدر الثلث ، وذلك يكون بينهما على قدر وصيتهما ، يضرب أحدهما فيها بألف والآخر بمائة .

وصورة ذلك فى الدراهم المرسله : إذا أوصى لإنسان بألف وللآخر بالدين ، وثلاث ماله ألف ، فالثلاث يكون بينهما أثلاثا ، كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته .

(راجع الكسانى ، ٧ : ٣٧٥ . وراجع الهامش ١ من الصفحة السابقة) .

وهل يقدم بعض أصحاب الوصية على البعض ؟ فلا يخلو : إما إن كانت الوصايا للعباد ، أو تقع ^(١) لله تعالى .

أما إذا كانت الوصايا للعباد - فإنه يقدم العتق الموقع في المرض ، والعتق المعلق بمطلق الموت ، وهو التدبير الصحيح ^(٢) ، والمحابة في البيع الواقع في المرض ^(٣) . وما سوى هذه الوصايا يتضارب فيها أهل ^(٤)

الوصايا على السواء : لا يقدم ^(٥) بعضهم على بعض . وإن ضاق الثلث عن العتق والمحابة : يبدأ بما بدأ به الموصي منهما ^(٦) ، لاستواءهما في القوة ، فترجح بالبداة ^(٧) - وهو قول أبي حنيفة ، وقالوا : يبدأ بالعتق لا محالة ^(٨) ، لأنه لا ^(٩) يحتمل الفسخ ^(١٠) .

- (١) في الأصل و ا و ب و ح : « يقع » .
- (٢) « لأن الإعتاق المنجز والماتق بالموت لا يحتمل الفسخ فكان أقوى فيقدم » الكاساني ، ٧ : ٣٧٢ : ٢١ . وراجع « باب المدير » ص ١١٤ وما بعدها من الجزء الثاني .
- (٣) « لأن المحابة تستحق بقصد ضمان وهو البيع إذ هو عقد معاوضة فكان البيع مضمونا بالثمن والوصية تبرع فكانت المحابة المتعلقة بقصد ضمان أقوى فكانت أولى بالتقديم » الكاساني ، ٧ : ٣٧٣ : ١٣ . وانظر فيما تقدم الهامش ٥ ص ٩٣٤
- (٤) « أهل » من ا و ب و ح .
- (٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لا يبدأ » . وإما من « بدؤه » جملة بيتدى . أى قدّمه ، وفصله (المنجد) . وانظر فيما يلي الهامش ٧ .
- (٦) في ا و ح : « منها » .
- (٧) كذا في ح . وفي الأصل و ا و ب : « بالبداية » . والصحيح « البداة » - راجع الهامش ٩ ص ١٧ من الجزء الأول .
- (٨) « لا محالة » ليست في ا وفي ح : « لا بالمحابة » .
- (٩) « لا » ليست في ب .
- (١٠) راجع في ذلك الكاساني ، ٧ : ٣٧٣ : ١٤ وما بعده . وفيما تقدم الهامشين ٢ و ٣ .

وأما إذا كانت الوصايا بما هو من حقوق الله تعالى ، نحو الحج والزكاة والكفارات والصدقات ^(١) ونحوها من أعمال البر ، ينظر :

إن كان كله تطوعا : بدأ بما بدأ به الموصى ، لاستواء الكل ، في نفسه ، في القوة ، فيترجح بالبداة ^(٢) ، لأنه هو الأهم عنده ^(٣) ظاهرا ، ولا يقدم الوصية بالإعتاق لأنه يحتمل الفسخ ^(٤) ، كسائر الوصايا ، فإذا بلغ الثلث للكل ^(٥) فيها ونعمت ^(٦) ، وإن فني الثلث بالبعض ، يبطل الباقي .

وإن كانت ^(٧) كلها فرائض متساوية ، بأن كان وجوبها ثبت بدليل مقطوع به ، يرجح بالبداة ^(٨) ، لتساويها ^(٩) في القوة ، وقالوا : فني ^(١٠) الحج والزكاة ، عند أبي يوسف ، يقدم الحج في رواية ، وإن أخره جاز ^(١١) .

(١) « والصدقات » من ب .

(٢) في الاصل وب : « بالبداية » - راجع فيما تقدم الهامشين ٥ و ٧ من الصفحة السابقة وانظر فيما بعد الهامش ٤

(٣) في ب : « عند » .

(٤) « وأما إذا كانت الوصايا ٠٠٠ الفسخ » ليست في ا و ح . وراجع الصفحة السابقة .

(٥) في ب : « الكل » .

(٦) في الاصل وب : « فيها ونعمت » . وفي ا : « فيها ونعم » . وفي ح : « فيها ويم » .

(٧) « كانت » ساقطة من ب .

(٨) في الاصل و ا و ب و ح : « بالبداية » . راجع فيما تقدم الهامش ٢ وكذا الهامشين

٥ و ٧ من الصفحة السابقة .

(٩) في ب : « لتساويها » .

(١٠) « قالوا » ليست في ا و ح . ففيها : « وفي » .

(١١) في الكاساني (٧ : ٣٧١ : ٥ من أسفل) : « روى عنه أنه يبدأ بالحج وإن أخره

الموصى في الذكر » . وانظر الهامش التالي .

وفى رواية : يقدم الزكاة - وهو قول محمد رحمه الله^(١) .

ثم ما أوجبه الله^(٢) تعالى ابتداء ، أولى مما^(٣) أوجبه عند فعل من^(٤) المكلف ، فقالوا : يقدم الحج والزكاة على الكفارات المذكورة فى القرآن . ثم هذه الكفارات مقدمة على صدقة الفطر ، والفطرة مقدمة على^(٥) كفارة الفطر ، لأنها ثبتت^(٦) بنجر الواحد ، وهى مقدمة على المنذور^(٧) ، وهو مقدم على الأضحية .
والواجبات كلها مقدمة على النوافل^(٨) .

وأما إذا كان مع الوصايا الثابتة^(٩) لحق الله تعالى ، الوصية للآدمي^(١٠) :

(١) «وجه الرواية الأولى أن الحج عبادة بدنية ، والزكاة عبادة مالية ، والعبادة البدنية أولى ، لأن النفس أنفس وأعز من المال ، فكان تقربا إلى الله تبارك وتعالى بأعز الأشياء وأنفسها عنده ، فكان أقوى ، فكانت البداية به أولى ، على أن الحج عبادة بدنية لها تعلق بالمال ، والزكاة عبادة مالية لا تعلق لها بالبدن ، فكان الحج أقوى ، فكان أولى بالتقدم .
وجه الرواية الأخرى أن الحج تمحض حقا لله تعالى ، والزكاة يتعلق بها حق العبد ، فيقدم الحاجة العبد وغنى الله عز وجل » الكاساني ، ٧ : ٣٧١ : ٥ من أسفل .

(٢) « الله » ليست فى ب .

(٣) فى ب : « بما » .

(٤) « من » ليست فى ا و ح .

(٥) فى ب : « وعلى » .

(٦) كذا فى ا و ب . وفى الاصل و ح : « ثبت » . أى كفارة الفطر فى رمضان

(الكاساني ، ٧ : ٣٧٢ : ٧) .

(٧) فى ا و ح كذا : « المنذوبة » .

(٨) راجع فى ذلك بالتفصيل : الكاساني ، ٧ : ٣٧١ - ٣٧٢ .

(٩) فى اكذا : « الثانية » .

(١٠) فى ا و ح : « للآدميين » .

فإن الموصى له^(١) يضرب مع الوصايا بالقرب ، ويجعل كل^(٢) جهة من جهات القرب مفردة بالضرب ، ولا^(٣) يجعل كلها جهة واحدة ، بأن قال « ثلث مالى فى الحج والزكاة والكفارات ولزيد^(٤) » : يقسم على أربعة أسهم^(٥) ، لأن كل جهة غير الأخرى ، ولا يقدم الفرض على حق الآدمى ، لحاجة العبد إلى حقه .

ثم إنما يصرف إلى الحج الفرض ، والزكاة ، والكفارات إذا أوصى بها^(٦) ، فأما بدون الوصية : « ف » لا يصرف الثلث إليها ، بل يسقط عندنا ، خلافاً للشافعى على ما ذكرنا فى الزكاة^(٧) .

وإذا أوصى : يعتبر^(٨) من الثلث ، لتعلق حق الورثة بماله^(٩) فى مرض الموت .

(١) « فإن الموصى له » ليست فى ا و ح .

(٢) فى ح : « فى كل » . وفى ب : « كله » .

(٣) فى ب : « فلا » .

(٤) فى ب كذا : « وازيد » . وفى الكسانى (٧ : ٣٧٢ : ٦ من أسفل) مثل ما فى المتن .

(٥) « سهم للموصى له » ، وسهم للحج ، وسهم للزكاة ، وسهم للكفارات - لأن كل جهة من

هذه الجهات غير الأخرى فتفرد كل جهة بسهم « الكسانى » ، ٧ : ٣٧٢ : ٥ من أسفل .

(٦) « بها » ليست فى ا و ح .

(٧) راجع ح ١ ص ٤٢٧ - ٤٣٠ .

(٨) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل يشبه : « بفتح » .

(٩) فى ب : « بملكه » .

وأما بيان الموصى له ، وأهمه - فنقول :

الموصى له يجب أن يكون حيا ، وأن يكون أجنبيا : لا وارثا^(١) له ، ولا قاتلا^(٢) إياه - وقد ذكرنا هذا^(٣) ، حتى لو^(٤) أوصى لرجلين أحدهما ميت : تكون^(٥) الوصية كلها^(٦) للحي .

ولو أوصى لأجنبي^(٧) ولوارثه - يكون النصف للأجنبي ، لأن الوارث من أهل الوصية ، حتى لو^(٨) أجاز^(٩) باقي الورثة : جاز .

ولو أوصى لذوى قرابته ، أو لأقربائه ، أو لذى قراباته ، أو لأرحامه ، أو لذوى رحم منه^(١٠) - فإن عند أبي حنيفة : يعتبر في هذه الوصية أشياء : ذو الرحم المحرم ، والأقرب^(١١) فالأقرب ، وأن

(١) في ب : « لا وارث » .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل كذا : « قالوا » .

(٣) راجع فيما تقدم ص ٣٤٢ .

(٤) « أو » ليست في ح . وفي ا : « إذا » .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « يكون » .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « كله » .

(٧) في ب : « وأما ولو أوصى للأجنبي » .

(٨) « لو » ليست في ح . وفي ا : « لذا » .

(٩) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « كان » .

(١٠) في ا و ح : « ولو أوصى لذوى قرابته ، أو لذوى أرحامه ، أو لذى رحم محرم منه -

فإن ... » . وفي ب : « ولو أوصى بذوى قرابته أو لأقربائه ، أو لذوى أرحامه أو لذوى رحم منه فإن » . وفي الكشاف (٧ : ٣٤٨ : ٢٣) : « ولو أوصى لذوى قرابته ، أو قراباته ، أو لأنسبائه ، أو لأرحامه ، أو لذوى أرحامه - هذه الألفاظ الخمسة سواء فمئذ أبي حنيفة ... » .

(١١) « والأقرب » ليست في ا . وفي ح : « للأقرب » .

لا يكون فيهم والد ولا ولد ، وأن يكون اثنين فصاعداً إن كان بلفظ الجمع ، أو ^(١) يقول : « لذوى ^(٢) قرابته » . ولو قال : « لذى ^(٣) قرابته ^(٤) » - يقع على الواحد فصاعداً .

و ^(٥) عند أبي يوسف ومحمد : الوصية لجميع قرابته ، من جهة الرجال والنساء إلى أقصى أب له في الإسلام ، القريب و ^(٦) البعيد فيه سواء - كما إذا ^(٧) أوصى للعلوية والعباسية : يصرف إلى من يتصل بعلى وعباس رضى الله عنهما ، دون من فوقهما من الآباء .
بيان :

— إذا ترك عمين وخالين : < فـ > عنده : الوصية للعمين للقرب ، وعندهما : بين الكل أرباعاً .

— ولو ترك عمًا وخالين : فللعم النصف ، والنصف للخالين ^(٨) - عنده ، لأن اسم الجمع ، فى الوصية ^(٩) ، ينصرف ^(١٠) إلى اثنين ، فيستحق كل

(١) فى ب : « إن » .

(٢) فى ح كذا : « لذوى » . وفى اكذا : « لذوا » .

(٣) فى ا و ح : « لذوى » .

(٤) « ولو قال : لذوى قرابته » ليست فى ب .

(٥) « و » ليست فى ب .

(٦) فى ب : « أو » .

(٧) فى ا : « لو » .

(٨) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « لخال » .

(٩) فى ح : « للوصية » .

(١٠) فى ا : « يصرف » .

واحد النصف ، فيكون للأقرب^(١) النصف ، والنصف للأبعدين^(٢) ، بينهما سواء .

— وإن ترك عما واحدا ، ولم يكن له غيره من ذوى^(٣) الرحم المحرم : فالنصف للعم ، والنصف رد^(٤) على الورثة عنده . وعندهما : يصرف إلى ذى الرحم الذى ليس بمحرم .

— وإن كان أوصى لذى قرابته : فجميع الثلث للعم ، لما بينا .

ولو أوصى لأهل بيت فلان ، أو لحسبه ، أو نسبه ، أو لأُنسبائه^(٥) : فهذا يقع على قرابة أبيه الذين^(٦) ينسبون إليه ، إلى أقصى أب له^(٧) فى الإسلام ، دون قرابة أمه ، لأن النسب والحسب والبيت يختص بالأب دون الأم .

وكذا لو أوصى لآل فلان : فهو بمنزلة أهل بيت فلان .

ولو أوصى لأهل فلان^(٩) : فالقياس أن يقع^(١٠) على زوجة فلان

(١) كذا فى اوب و ح . وفى الأصل : « الأقرب » .

(٢) فى ح : « للأبعد من » .

(٣) فى ب : « ذى » .

(٤) فى ب : « رد » .

(٥) فى ح و ا : « لأنسابه » .

(٦) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و ح : « الذى » .

(٧) « لى » من اوب و ح .

(٨) « له » من ب .

خاصة - وهو قول أبي حنيفة . وعندهما : يصرف إلى جميع من كان^(١) في عياله من الأحرار ، ولا يدخل فيه المالك^(٢) ؛ وأما الابن الكبير الذي اعتزل عنه ، والبنت التي^(٣) في بيت الزوج : < ف > لا تدخل .

ولو أوصى لبني فلان^(٤) - < ف > إن كانوا لا يحصى عددهم^(٥) ، كبنى تميم وبني العباس : فإنه يصرف إلى جميع القبيلة . ويدخل فيهم^(٦) الحليف^(٧) والموالي^(٨) بسبب الولاء والعتاقة^(٩) ، لأن هذا بمنزلة الصدقة ، وله أن يصرف إلى واحد وأكثر^(١٠) عند أبي يوسف ، لأنه اسم جنس ؛ وعند محمد : يصرف إلى اثنين^(١١) وأكثر دون الواحد^(١٢) ، لأن اسم الجمع^(١٣) في الوصية يقع على الاثنين^(١٤) ، و^(١٥) الذكر والأنثى فيه سواء ،

(١) « كان » ليست في ا و ح .

(٢) في ح : « ممالك » . وفي ب كذا : « المالك » .

(٣) كذا في ا و ح . وفي الأصل : « الذي » . وفي ب : « أو البنت الذي » .

(٤) في ب : « لبني فلان بقرائهم » . وفي ا و ح : « لبني فلان بقرائهم » .

(٥) في ا : « إن كانوا لاعدد لهم » . وفي ح : « إن كان لاعدد لهم » .

(٦) في ح : « فيه » .

(٧) في ا و ح كذا : « الحليفة » .

(٨) في ا و ب و ح : « والمولى » .

(٩) راجع في الجزء الثاني « ولأه العتاقة » ص ٤٢٤ - ٤٢٦ و « ولأه الموالاة »

ص ٤٢٧ - ٤٢٩ .

(١٠) في ا : « أو أكثر » . وفي ح : « أو الأكثر » .

(١١) في ا و ب : « الاثنين » .

(١٢) « وأكثر دون الواحد » ليست في ا و ح .

(١٣) في ا و ح : « اسم الجنس » . وفي ب : « اسم الجميع » .

(١٤) راجع فيما تقدم ص ٣٥٤ - ٣٥٥ .

(١٥) الواو من ا و ب و ح . وفي ا و ح : « والذكور والإناث » .

لأنه اسم للقبيلة^(١) .

ولو كانوا يحصون^(٢) ، وأبوهم من العرب : فإنه يدخل فيه بنو فلان^(٣) من العرب ، دون الخلفاء^(٤) والموالى .

ثم^(٥) عند أبي حنيفة : يدخل فيه الذكور من أولاد الصلب^(٦) ، دون الإناث . وقال أبو يوسف ومحمد : يدخل فيه^(٧) الكل ، وهو قول أبي حنيفة الأول^(٨) .

وأجمعوا أنه إذا كان الكل إناثا : لا^(٩) يدخلون .

وأما إذا لم يكن لفلان ولد الصلب : فإن الوصية للذكور من أولاد البنين ، عند أبي حنيفة ، وعندهما : يدخل الكل . وهل يدخل بنو البنات ؟ فروى الحسن عن أبي حنيفة أنهم^(١٠) يدخلون ، وذكر في السير الكبير أنهم لا يدخلون .

(١) في أ و ح : « لأن اسم القبيلة » .

(٢) في ب كذا : « ولو كانوا بنوا نسب قوم يحصون » . وفي أ : « ولو كان بنوا نسب

وهم يحصون » . وفي ح : « ولو كان بنوا نسب قوم يحصون » .

(٣) « بنو فلان » ليست في أ و ح .

(٤) في أ و ب و ح : « الخلفاء » .

(٥) في ب : « ثم إن » .

(٦) في أ : « من أولاده لصلبه » .

ولو كان له ابن واحد، و^(١) بنو بنين : فلابن النصف ، والباقي للورثة ، دون بنى البنين . وعندهما : لابن النصف ، والباقي لبني البنين . ولو كان له ابنان ، وبنو ابن : فالكل للابنين ، لأن الابنين في الوصية بمنزلة الجمع .

ولو كان له^(٢) ابن واحد ، وبنات : فالنصف لابن ، والباقي للورثة عند أبي حنيفة . وعندهما : لابن النصف ، والباقي للبنات . ولو كان له^(٣) بنات ، وبنو ابن : فلا شيء لهم ، بل للورثة^(٤) ، عنده ، وعندهما : للكل^(٥) ، على السواء .

ولو^(٦) أوصى لولد فلان - فإنه يدخل فيه الذكر والأنثى^(٧) ، على السواء ، ويدخل فيه الجنين الذى يولد لأقل من^(٨) ستة أشهر ، ولا يدخل ولد الولد ما دام الصلبي حيا . ولو كان له بنات^(٩) وبنو الابن :

= وسنذكر المسألة إن شاء الله تعالى . وفى مس ٣٤٥ : ١٦ : « ولا يدخل أولاد البنات فى الوصية فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وذكر الخصاص عن محمد رحمهما الله أن ولد البنات يدخلون فيها كولد البنين وذكر فى السير الكبير : إذا أخذ الأمان لنفسه وولده لم يدخل فيه أولاد البنات - فصار عن محمد رحمه الله روايتان . وجه رواية الخصاص ... الخ » .

(١) « و » ليست فى « فيها كذا : « ابن واحد بنو بنين » . وفى الأصل « ا و ب كذا : « وبنوا بنين » .

(٢) « له » من « ا و ب و ح » .

(٣) « له » ليست فى « ا و ح » .

(٤) « بل للورثة » ليست فى « ا و ح » .

(٥) فى « ا و ح » : « الكل » . .

(٦) كذا فى « ا و ب و ح » . وفى الأصل : « قال : ولو » .

(٧) فى « ا و ح » : « الذكور والإناث » .

(٨) « من » ساقطة من « ا » .

(٩) فى « ا و ح » : « فإن كان بنات » . وفى ب : « فإن كانت بنات » .

فهى للبنات لا غير . ولو كان ولد^(١) واحد : فالسكل^(٢) له ، لأن اسم الولد^(٣) يقع له^(٤) .

ولو أوصى لعقب فلان - فعقب^(٥) الرجل هو ولده من^(٦) الذكور والإناث . فإن لم يكن : فولد ولده من الذكور دون الإناث ، ودون ولد^(٧) الإناث . ويكون هذا الاسم بعد موت الأب ، لا قبله ، حتى إن الموصي إذا مات ، وفلان حى : فلا^(٨) شىء لهم ، لأنهم لا يكونون عقباً حال حياته .

وكذا لو أوصى لورثة فلان - فهو مثل «عقب فلان^(٩)» ، إلا أن فى العقب : سهم^(١٠) الذكر والأنثى سواء^(١١) ، وفى الورثة : يكون بينهم^(١٢) على قدر المواريث^(١٣) .

ولو أوصى لعصبة فلان - فإنه يصح الوصية ، وإن لم يمت فلان ، حتى إذا

-
- (١) «ولد» من ا و ب . وفى : «ولو كان ولداً واحداً» .
 - (٢) فى ح كذا : «ما لسكل» .
 - (٣) «الولد» ليست فى ح .
 - (٤) فى ا و ب و ح : «يقع على الواحد» .
 - (٥) فى ب كذا : «يعقب» .
 - (٦) فى ح كذا : «هو ولد فن» .
 - (٧) فى ح : «والد» .
 - (٨) الفاء من ب .
 - (٩) «فلان» من ا و ب و ح . وراجع المسألة السابقة .
 - (١٠) فى ب كذا : «بينهم» وانظر المامش التالى .
 - (١١) فى ا : «إلا أن فى العقب : الوصية سهم الذكور والإناث» . وفى ح كذا : «إلا أن الوصية فى العقب : الوصية سهم الذكور والإناث» .
 - (١٢) فى ا و ح : «سهمهم» .
 - (١٣) فى ا كذا : «على قدر مقدم المواريث مؤخر» .

مات الموصى : تصرف الوصية إلى عصبته ، فإن كان له أب وابن : فالمعصبة هو الابن دون الأب ، ويكون للأقرب فالأقرب على ترتيب المعصبات .
ولو أوصى لأختانه - فالْحَتَنَ ^(١) زوج كل ذات ^(٢) رحم ^(٣) محرم منه ، وكل ذى رحم محرم ^(٤) من أزواجهن ، من الذكر والأنثى ، وهم فى الوصية سواء ^(٥) .

ولو أوصى للأصهار ^(٦) - فالصهر كل ذى رحم محرم ^(٧) من زوجته ، الذكر والأنثى ^(٨) و ^(٩) .

ولو أوصى لأيتام بنى ^(١٠) فلان - فإنه يقع على من لا أب له .

(١) فى المصباح : « الْحَتَنَ بفتح الحاء عند العرب : كل من كان من قبل المرأة كالأب والأخ ، والجمع أختان . وختن الرجل عند العامة : زوج ابنته . وقال الأزهري : الحتن أبو المرأة والختنة أمها ، فالأختان من قبل المرأة والأخوة من قبل الرجل والأصهار يسميها . ويقال الخاتنة المصاهرة من الطرفين - يقال : خانتهم إذا صاهرهم » .

(٢) فى ب : « ذى » .

(٣) « رحم » ليست فى ح .

(٤) « محرم » ليست فى ب .

(٥) « وهم فى الوصية سواء » من ا و ب و ح .

(٦) فى ا و ب و ح : « لأصهاره » .

(٧) « محرم » من ا و ب و ح .

(٨) فى ا و ح : « الذكور والإناث » .

(٩) زاد هنا فى ا و ح : « فزوج أمها دون زوجة أبيها وزوج أختها » . وفى ب : « وزوج أمها دون زوجة أبيها وزوجة أخيها » . وفى الكاساني (٧ : ٣٥١ : ٩) : « وقال فى الإملاء : إذا قال أوصيت بثلث مالى لأصهارى : فهو على كل ذى رحم محرم من زوجته وزوجة أبيه وزوجة ابنته وزوجة كل ذى رحم محرم منه - فهو لأهلهم أصهاره ، ولا تدخل فى ذلك الزوجة ولا امرأة أبيه ولا امرأة أخيه » .

(١٠) فى ح كذا : « بين » .

ولو أوصى لأَيَّامَى بنى فلان - فلا يُتِمُّ كل امرأة لازوج^(١) لها ،
بكرا كانت أو ثيبا ، وعند محمد : يقع على الثيب الأيم^(٢) . والأرملة
كل امرأة^(٣) محتاجة أرملت من^(٤) زوجها وما لها .
.

نم هذه^(٥) الوصايا نوعان :

فالوصية لقوم^(٦) يحصون : تقع على عدد رؤوسهم ، على السواء :
ذكرهم وأنثاهم^(٧) ، غنيهم وفقيرهم ، صغيرهم وكبيرهم .
فأما إذا كانوا لا يحصى عددهم : فهو على ثلاثة أوجه :
إن أوصى لأهل الحاجة نصا ، بأن قال : « لفقراء بنى تميم أو لمساكينهم
وأراملهم^(٨) » - فإنه يصح^(٩) ، لأن الحق فيه لله تعالى ، والفقراء مصارف ،
فصاحب^(١٠) الحق معلوم ، فصحت^(١١) .
والثاني - أن^(١٢) يذكر اسما لا يدل على الحاجة ، لا عرفا ولا لغة ،

(١) في ح كذا : « لا تزوج » .

(٢) في ا و ب و ح : « الثيب لا غير » .

(٣) « امرأة » ليست في ا و ح .

(٤) « من » من ا و ب و ح .

(٥) « هذه » ليست في ا و ح .

(٦) « لقوم » ليست في ا .

(٧) في ب : « وإنانهم » .

(٨) كذا في ا و ح . وفي الأصل : « وأراملهم » . وفي ب كذا : « وأراملهم » .

(٩) في ح : « لا يصح » .

(١٠) في ا : « وصاحب » .

(١١) « فصحت » ليست في ب .

(١٢) « أن » ليست في ا و ح .

كقوله : « أوصيت لبنى فلان » أو « لأيامى بنى ^(١) فلان ^(٢) » ، أو
 « لشبانهم » ، أو « لكهولهم » أو « لشييوخهم » - فإنه لا يجوز ، لأن
 الوصية تقع ^(٣) لهم ، وهم ^(٤) مجهولون .
 والثالث - أن يكون ^(٥) الاسم قد ^(٦) يقع على الفقراء ، إما فى عرف
 اللغة أو فى عرف الشرع ، كما إذا أوصى « لأيتام بنى فلان » ، أو
 « لعميةانهم » ، أو « لزمناهم » ^(٧) ، لقوله تعالى : « واليتامى والمساكين » ^(٨)

(١) « بنى » ليست فى ب .

(٢) زاد هنا فى ا و - كذا : « أو لانسائهم أو لهمرايمهم » .

(٣) « تقع » من ا و ب و - .

(٤) فى - : « وهو » .

(٥) « يكون » ليست فى ا و - .

(٦) « قد » ليست فى ا .

(٧) كذا فى ب . ولكن فيها : « ولزمناهم » . وفى - كذا : « أو لزمناهم » . وفى

ا كذا : « أو » لازمنائهم » . وفى الاصل كذا : « زمينهم » . و « الزمن » الذى طال مرضه
 زمانا (المغرب) .

(٨) فى الآيات التالية :

البقرة : ٨٣ - « وإذ أخذنا ميثاق بنى اسرائيل لا تعبدون إلا الله وبوالوالدين إحسانا وذى
 القربى واليتامى والمساكين ... » .

البقرة : ١٧٧ - « ... ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر والملائكة والكتب والنبيين
 وآتى المال على حبه ذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل والسائلين وفى الرقاب ... » .

البقرة : ٢١٥ - « يسألونك ماذا ينفقون ؟ قل ما أنفقتم من خير فلأولادهم والأقربين
 واليتامى والمساكين وابن السبيل ... » .

النساء : ٨ - « وإذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقواوا لهم
 قولاً معروفاً » .

النساء : ٣٦ - « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبوالوالدين إحساناً وبذى القربى واليتامى
 والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت أيمانكم
 إن الله لا يحب من كان مختالاً فخوراً » .

الحشر : ٧ - « ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول ولذى القربى واليتامى
 والمساكين وابن السبيل كى لا يكون دولة بين الأغنياء منكم ... » .

فتى كانوا لا^(١) يخصون : يستدل به أنه^(٢) أراد به الفقراء منهم ، تصحيحا للوصية ، بخلاف ما إذا كانوا يخصون^(٣) : فإنه يقع على الأغنياء والفقراء جميعا ، لأنه^(٤) يمكن^(٥) العمل بحقيقة الاسم ، لأن الوصية تصح^(٦) لهم^(٧) .

ولو أوصى « لفلان بنى فلان ولصبيانهم »^(٨) - يقع على من لم يحتلم .
ولو قال^(٩) : « لشبانهم » أو « لفتيانهم »^(١٠) - يقع على من بلغ منهم إلى أن يصير كهلا ودخل في الثلاثين ، إلا إذا غلبه الشَّمَطُ^(١١) قبل ذلك .
والكَهْلُ يقع على من دخل في^(١٢) الثلاثين إلى خمسين ، إلا إذا غلب البياض . والشَّيْخُ يقع على الخمسين إلى آخر العمر ، إلا إذا غلب^(١٣) البياض قبله - هذا هو الأشبه من الأقوال .

(١) « لا » ليست في ا و ح . ففيها كذا : « كانوا يخصون » .

(٢) في ح : « إذا » . وفي ب : « استدل به أنه »

(٣) في ا و ح كذا : « لا يخصون » .

(٤) في ب : « على الأعيان منهم : النفي والفقير سواء لأنه » . وفي ا و ح : « على

الأغنياء منهم لا غير لأنه » .

(٥) في ا و ح : « لا يمكن » .

(٦) « تصح » ليست في ا و ح .

(٧) انظر الكاساني ، ٧ : ٣٤٦ .

(٨) في ا و ح : « أو لصبيانهم » . وفي ب : « أو صبيانهم » .

(٩) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « قالوا » .

(١٠) في ح : « لصبيانهم أو لنسائهم » . وفي ا : « اكهم ولهم أو لنسائهم » .

(١١) رجل أشمط خاط شمره بياض . وعن الليث : الشمط في الرجل شيب اللحية وقيل

الشمط بياض شمر الرأس يخاطه سواده (المغرب) .

(١٢) « من دخل في » من ا و ح .

(١٣) في ب : « غلبه » .

فصل فى الايصاء

نقول^(١):

الايصاء جاز.

ولا بد له^(٢) من القبول > من الوصى <^(٣) ، لأنه متبرع بالعمل فيه^(٤) ، فلا بد من قبوله .

وكان ينبغي أن يعتبر القبول بعد الموت ، كما فى الوصية بالمال ، لأنه إيجاب بعد الموت ، لكن جاز ههنا^(٥) القبول فى حال الحياة ، بخلاف الوصية بالمال^(٦) ، لضرورة أن^(٧) الميت إنما يوصى إلى من يعتمد عليه من الأصدقاء و^(٨) الأئمة ، فلو^(٩) اعتبر القبول بعد الموت ، فربما لا يقبل ، فلا يحصل غرضه ، وهو الوصى الذى اختاره .

. . .

(١) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و ح : « فنقول » .

(٢) « له » ليست فى ا و ب و ح .

(٣) فى ا و ب و ح : « من الموصى » .

(٤) « فيه » ليست فى ب . وفى ا و ح : « له » .

(٥) « ههنا » ليست فى ا و ح .

(٦) « بالمال » ليست فى ا و ح .

(٧) فى ب : « بالضرورة لأن » .

(٨) « و » ليست فى ا و ب و ح . ففيها : « من الأصدقاء الأئمة » .

(٩) الفاء من ا و ح .

وإذا صح - فلا^(١) يخلو : إما إن كان الوصى حاضراً أو غائباً .
فإن كان حاضراً ، و^(٢) قبل مواجهة : صح . ولو أراد أن يرد
الوصاية ويرجع : لا^(٣) يصح ، بدون محضر^(٤) الموصى ، أو علمه ، لما فيه
من الضرر به^(٥) . وإذا رد في المواجهة^(٦) : صح .

فأما إذا كان غائباً ، فبلغه الخبر ، فقبل : < ف > لا يصح رده إلا
بمحضرة الموصى .

وإذا بلغه ، ولم^(٧) يقبل و^(٨) رده : صح ، بغير محضره^(٩) ، لأنه
ليس بضرر^(١٠) .

وأما إذا بلغه بعد الموت : فإذا قبل ، أو تصرف في التركة تصرفاً
يدل^(١١) على قبوله : فلا يصح رده ، إلا عند الحاكم ، لأنه قائم مقام
الموصى ، كالكامل : لا يملك عزل نفسه^(١٢) ، في حال غيبة الموكل ،
ويملك في حال حضرته .

(١) الفاء من اوب و ح .

(٢) في ح : « أو » .

(٣) « لا » ليست في ح .

(٤) في ا و ح : « محضر » .

(٥) في ح كذا : « الضرر » .

(٦) في اوب و ح : « وإن رد مواجهة » .

(٧) في ا و ح : « فلم » . انظر الهامش التالي .

(٨) « و » ليست في ح . ففيها : « فإذا بلغه فلم يقبل رده يصح » .

(٩) في ا و ح : « حضرته » . وفي ب : « محضر » .

(١٠) في ح كذا : « بضرره » .

(١١) في اوب و ح : « فإنه يدل » . وفي الأصل توجد « فإنه » ولكنها مشطوبة .

(١٢) في ح كذا : « لا يملك على نفسه » .

فأما إذا لم يقبل ، ورد ، كما علم : يصح ، وله الخيار بين أن يقبل ، ويرد (١) ، لأنه (٢) متبرع في العمل ، فلا (٣) يجبر عليه .

ولو لم يعلم القاضى بأن الميـت وصيا ، والوصى غائب ، فأوصى إلى رجل : فالوصى (٤) هو وصى الميت ، دون وصى القاضى ، لأنه اتصل به اختيار الميت ، كما إذا كان القاضى عالما .

ثم للقاضى أن يعزل وصى الميت ، إذا (٥) كان فاسقا ، غير مأمون على التركة . وإن كان ثقة ، لكنه ضعيف ، لا يقدر على التصرف ، وحفظ التركة بنفسه : فإن القاضى يضم إليه غيره ، ولا يعزله ، لاعتماد الموصى عليه لأمانته ، فيحصل الغرض بهما (٦) .

ولو أوصى الميت إلى رجل ، ثم أوصى إلى آخر ، كان هذا اشتراكا فى الوصاية ، ما لم (٧) ينص على عزل (٨) الأول و (٩) إخراجه . وكذلك هذا من القاضى .

(١) فى ا : « ورد » . وفى ح كذا : « وترده » .

(٢) « نه » من « لأنه » ساقطة فى ب .

(٣) فى ح : « ولا » .

(٤) « إلى رجل فالوصى » ليست فى ب .

(٥) فى ب : « إلا إذا » .

(٦) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل « بها » .

(٧) فى ا و ح : « فى الوصية فإن لم » .

(٨) « عزل » ليست فى ا و ح .

(٩) « و » ليست فى ا و ح .

واو أنه^(١) أوصى إلى رجل بقضاء^(٢) دينه ، وأوصى إلى آخر بأن^(٣) يعتق عنه : فهو وصيان فيها جميعا ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف^(٤) . وكذلك^(٥) إذا أوصى بنصيب بعض ولده إلى رجل ، وبنصيب من بقي إلى^(٦) آخر .

وعلى هذا : لو أوصى بميراثه^(٧) في بلد إلى رجل ، وفي بلد آخر إلى آخر .

وكذلك لو أوصى بتقاضي الدين إلى رجل ، وبنفقة الورثة إلى آخر ، وبحفظ المال إلى آخر .

وكذا إذا أوصى إلى^(٨) إنسان للحال ، وإلى آخر إن قدم ، فإذا قدم^(٩) فلان فهو وصى دون الأول - فهما وصيان في ذلك كله عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، خلافا لمحمد ، لأن الوصاية لا تتجزأ عندهما : متى ثبتت^(١٠) في البعض ، تثبت^(١١) في الكل . وروى عن أبي حنيفة

(١) « أنه » ليست في او ح .

(٢) في او ح : « يقض » .

(٣) في او ح : « أن » .

(٤) زاد في ب هنا : « وعند محمد : حصل كل واحد منهما وصى فيما جعل إليه - هذا المشهور من الخلاف » . وستأتي هذه الجملة في الأصل و او ح فيما بعد . (انظر المامش ٤ من الصفحة التالية) .

(٥) « كذلك » ليست في او ح . وفي ب : « وكذا » .

(٦) « إلى » ليست في ح .

(٧) في ا : « ميراثه » .

(٨) « إلى » ليست في او ح .

(٩) « فإذا قدم » ليست في او ب و ح ففيها : « وإلى آخر : إن قدم فلان فهو وصى دون الأول » .

(١٠) كذا في او ب و ح . وفي الأصل : « ثبت » .

(١١) « في البعض تثبت » ليست في ا .

فيمعن «أوصى إلى فلان حتى يقدم»^(١) فلان ، فإذا قدم ، فهو^(٢) الوصى ، دون الأول - فهو كما قال ، فيكون عن أبي حنيفة روايتان في هذا . ويجوز أن يكون^(٣) الأول قول أبي يوسف خاصة .

وعند محمد : كل واحد منهما وصى ، فيهما جعل إليه - هذا هو المشهور من الخلاف^(٤) .

. . .

ولو أوصى إلى رجل ، وهو وصى لرجل آخر : فإنه يكون وصيا ، في تركته ، وتركته الأول ، عندنا - خلافاً لابن أبي ليلى .

. . .

ولو أوصى إلى رجلين : فإن أحدهما لا ينفرد بتصرف^(٥) يحتاج فيه^(٦) إلى الرأي عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف : ينفرد . ثم إن عندهما : ينفرد في أشياء مخصوصة^(٧) ، بأن يكون في تأخير التصرف ، ضرر ، إلى حضرة صاحبه^(٨) ، أو^(٩) لا يحتاج فيه إلى الرأي ،

(١) في ب : « يقدم » .

(٢) في ا و ح : « فإذا قدم فلان فهو » .

(٣) « يكون » ليست في ا و ح .

(٤) « وعند محمد ... الخلاف » ليست في ب في هذا الموضع وقد جاءت فيها فيما تقدم في الصفحة السابقة عقب قوله في السطر الثاني منها : « فيها وصيان فيهما جميعا عند أبي حنيفة وأبي يوسف » وقد أشرنا إلى ذلك في الهامش ٤ من الصفحة السابقة .

(٥) في ا : « في تصرف » .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « إليه » .

(٧) في ا و ح كذا : « محضرة » .

(٨) في ب : « في تأخير التصرف إلى حضرة صاحبه ضرر » .

(٩) في ا : « إذ » - ويشبه أن تكون كذلك في ح .

وذلك^(١) نحو شراء الكفن ، وجهاز^(٢) الميت ، وكذا جمع الأموال^(٣) المتفرقة ، من قبض الديون والودائع والمغصوب^(٤) . وكذلك في أداء ما على الميت من رد الودائع والمغصوب^(٥) ، وقضاء الدين^(٦) ، وتنفيذ الوصية بألفين أو بألف رسالة ، أو بإعتاق عبد بعينه ، بخلاف الوصية بأعمال البر أو^(٧) إعتاق عبد غير معين^(٨) ، لأنه يحتاج فيه إلى الرأي . وكذا شراء^(٩) ما لا بد لليتيم منه ، نحو الإنفاق^(١٠) والكسوة ، وكذا قبول الهبة^(١١) ، ويبيع ما يتسارع إليه الفساد ، لأن^(١٢) فيه منفعة للصبي .

وكذا ينفرد بالخصومة : للميت ، وعليه .

. . .

ولو مات أحد الوصيين ، وأوصى إلى رجل آخر - جاز ، ويكون قائماً مقامه .

(١) « وذلك » من ا و ب و ح .

(٢) في ب : « تجهيز » .

(٣) في ب : « وكذا جميع الأموال المتفرقة » . وفي ا و ح : « وكذلك في جميع المتفرقة » مع تكرار « المتفرقة » .

(٤) في ا و ب و ح : « والمغصوب » . وانظر الهامش التالي .

(٥) في ب : « والمغصوب » . و « وكذلك في أداء ... والمغصوب » ليست في ا و ح .

وراجع الهامش السابق .

(٦) في ا و ب : « الديون » .

(٧) في ا و ب و ح : « و » .

(٨) في ا : « عبد بغير عين » .

(٩) في ح : « كذا » : « اشترى » .

(١٠) في ب : « الاتفاق » . وفي ا و ح : « كالإنفاق » .

(١١) في ح : « قبول الهدية له » .

(١٢) في ب : « لأنه » .

وإن لم يوص إلى آخر : فللقاضى ^(١) أن ينصب وصيا آخر ، حتى ينفذ تصرفهما عندهما ، خلافا لأبى يوسف ^(٢) .

ثم وصى الأب أولى من الجد . فإن لم يكن ، فالجد ، ثم وصى الجد . فإن لم يكن ، فلقاضى ووصى ^(٣) القاضى .

ثم ينظر :

إن كان ^(٤) فى التركة دين - يملك الوصى ^(٥) بيع كل شيء ، لقضاء الدين ، من العقار والمنقول .

وإن لم يكن دين - والورثة كلهم صغار : يملك بيع كل شيء ^(٦) ، وإمساك ثمنه ^(٧) ، والتصرف فيه .

وإن كان كلهم كبارا ، وهم حضور : ليس له ولاية بيع شيء ، إلا إذا كان فيه وصايا ^(٨) .

وإن كانوا غيبا : يملك بيع المنقول ، لأن حفظ الثمن أيسر ، وله ولاية حفظ مال الغائب ، ولا يملك بيع العقار .

(١) الفاء من ا و ب و ح . وفيها : « وإن لم يوص إلى أحد فللقاضى » .

(٢) راجع ما تقدم فى ص ٣٦٩ مسألة : « ولو أوصى لى رجلين » .

(٣) فى ا و ح : « ثم وصى » .

(٤) زاد هنا فى ب : « له » .

(٥) « الوصى » من ا و ب و ح .

(٦) هنا تكرار فى ب .

(٧) فى ا و ب و ح : « وإمساكه عنه » .

(٨) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « وصيا » .

وإن كان بعضهم صفاراً ، وبعضهم كباراً غيباً : يملك بيع العقار عند
أبى حنيفة . وعندهما : لا يصح في حصة الكبار .

. . .

وأما وصى الائم^(١) ، والأخ ، والعم - فهو لاء^(٢) ، بأنفسهم ، يملكون^(٣)
حفظ مال الصبي^(٤) ، ويبع المنقول ، لأنه من باب الحفظ .

. . .

ولو قال لرجل : « إن مت من مرضى هذا^(٥) أو في^(٦) سفرى هذا :
فأنت وصي في مالى^(٧) » - فبرأ^(٨) ولم يمت ، حتى رجع^(٩) من السفر ، ثم
مات : لا يكون وصياً ، لأنه تعلق^(١٠) بشرط^(١١) خاص ، ولم يوجد .

. . .

ولو أوصى^(١٢) إلى عبد إنسان ، أو إلى ذمى ، أو إلى صبي عاقل :

(١) في ح : « ولو أوصى إلى الائم » . وفي ا : « ومن أوصى إلى الائم » .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « وهؤلاء » .

(٣) في ا و ح : « يملك » .

(٤) في ا و ب و ح : « الصغير » .

(٥) « هذا » من ا و ب و ح .

(٦) « في » ليست في ب .

(٧) « فأنت وصي في مالى » من ا و ب و ح .

(٨) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « وبرئ » .

(٩) في ب : « ولم يمت أو رجع » .

(١٠) في ا و ب و ح : « معاق » .

(١١) « بشرط » ليست في ا و ح .

(١٢) في ح : « والوصى » .

(١٣) « إلى » من ا و ح .

فإنه لا ينفذ ، ويخرجه القاضى . ولو عتق ^(١) العبد ، و ^(٢) أسلم الذمى ، قبل إخراج القاضى : تنفذ الوصايا ^(٣) . وإذا بلغ الصبى : لا تنفذ عند أبى حنيفة ، وعندهما : تنفذ . ولو تصرف العبد أو ^(٤) الذمى ، قبل الإخراج : يصح فى رواية ، ولا يصح فى رواية . وفى الصبى : لا يصح بالاجماع .

ولو أوصى إلى عبد نفسه : < ف > إن لم يكن فى الورثة كبير : جاز عند أبى حنيفة ، خلافا لهما . ولو كان فى الورثة كبير : لا يصح ^(٥) ، بالاجماع ^(٦) .

(١) فى ا و ب و ح : « أعتق » .

(٢) فى ا : « أو » .

(٣) فى ا : « الوصية » . وفى ح و ب : « الوصاية » .

(٤) فى ا و ب و ح : « و » .

(٥) فى ب : « لا يجوز » .

(٦) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم » . وفى ا و ح : « والله أعلم » .

باب^(١)

الرجوع عن الوصية

أصل الباب^(٢) أن الرجوع في^(٣) الوصية صحيح ، لأنه تبرع لم يتم ، لأن^(٤) القبول فيه بعد الموت^(٥) ، فيملك الرجوع ، كالرجوع عن الإيجاب ، في البيع ، قيل^(٦) القبول^(٧) .

وإذا ثبت أنه يصح الرجوع فيه - فكل فعل ، يوجد من الموصي فيه^(٨) دلالة على تبقية الملك لنفسه^(٩) : يكون^(١٠) رجوعاً . وكل فعل يدل على إبقاء العقد وتنفيذ الوصية : لا يدل على الرجوع - < كما > إذا وجد منه^(١١) فعل لو^(١٢) فعل في ملك غيره ينقطع حق الملك المالك^(١٣) ، ويصير ملكاً له^(١٤) .

(١) في ب : « كتاب » .

(٢) في ا و ح : « قال رحمه الله : أصل الباب » .

(٣) في ا و ب و ح : « عن » .

(٤) في ا و ب و ح : « ولأن » .

(٥) راجع فيما تقدم ص ٣٣٩ .

(٦) في ا و ب و ح : « قيل » .

(٧) في ا و ح : « قبول المشتري » . وراجع ص ٤٤ من الجزء الثاني .

(٨) « فيه » من ا و ح .

(٩) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « بنفسه » .

(١٠) في ح : « ويكون » .

(١١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فيه » .

(١٢) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « أو » .

(١٣) في ا و ب و ح : « ينقطع حق المالك » .

(١٤) انظر مايلي في المتن والهامش ٦ من الصفحة التالية .

فإذا فعل بعد الوصية في الموصى به ، ما^(١) يدل على^(٢) إبقاء الملك فيه^(٣) لنفسه^(٤) : فيكون رجوعاً ، كما إذا أوصى بثوب ثم قطعه^(٥) وخاطه - ونظائرُه كثيرة^(٦) .

وكذا إذا اتصلت بعين^(٧) الموصى به زيادة ، لا يمكن تمييزها^(٨) ، و^(٩) لا يستحق عليه^(١٠) نقضها^(١١) : فإنه يكون رجوعاً^(١٢) ، لأنه

(١) « ما » ليست في ا و ب و ح .

(٢) في ا و ح : « فعله على » .

(٣) « فيه » من ا و ب و ح .

(٤) « لنفسه » ليست في ا و ب و ح . وهي في الأصل غير واضحة ولا مفهومة في المتن

وقد كتب تحتها « بنفسه » .

(٥) الماء من ا و ب و ح .

(٦) « كثيرة » من ا و ح . وعبارة الكاساني (٧ : ٣٧٨ : ٥ من أسفل) : « ثم الرجوع

قد يكون نصاً ، وقد يكون دلالة ، وقد يكون ضرورة . أما النص فهو أن يقول الموصى : رجعت . أما الدلالة فقد تكون فعلاً وقد تكون قولاً ، وهو أن يفعل في الموصى به فعلاً يستدل به على الرجوع أو يتكلم بكلام يستدل به على الرجوع - ويان هذه الجملة : إذا فعل في الموصى به فعلاً لو فعله في المنصوب لاقطع به ملك المالك ، كان رجوعاً ، كما إذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه قبضاً أو بقاء ... إلخ » . وانظر فيما بعد الهامش ١١ .

(٧) في ح كذا : « تعيين » .

(٨) كذا في ا . وفي الأصل : « تمييزها » . وفي ب : « تميزها » . وفي ح : « لا تميزها » .

(٩) « و » ليست في ا و ح . وفي ب : « أو » .

(١٠) « عليه » ليست في ب .

(١١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « بعضها » . وفي الكاساني (٧ : ٣٨٤ : ١٠

من أسفل) : « وأما الرجوع الثابت من طريق الضرورة فنوعان : أحدهما - أن يتصل بالمعين الموصى به زيادة لا يمكن تسليم المعين بدونها ... أو أوصى ببطانة ثم بطن بها أو بظفارة ثم ظهر بها لأنه لا يمكن تسليم الموصى به إلا بتسليم ما اتصل به ولا يمكن تسليمه إلا بالنقض ولا سبيل للالتكليف بالنقض لأنه تعارف في ملك نفسه ففعل رجوعاً من طريق الضرورة ويمكن اثبات الرجوع في هذه المسائل من طريق الدلالة أيضاً لأن اتصال الموصى به بغيره حصل بصنع الموصى فكان تذر التسليم مضافاً إلى فعله ، وكان رجوعاً منه دلالة » . وراجع فيما تقدم الهامش ٦

(١٢) في ب كذا : « مرجوعاً » .

لا يمكن تسليمها إلا بتسليم تلك^(١) الزيادة ، ولا^(٢) يجب عليه ذلك ،
 فيدل على الرجوع - وذلك كالسويق إذا لته^(٣) بالسمن ، أو بني بناء
 في الدار الموصى بها ، وكذلك لو أوصى بقطن ثم حشا^(٤) به قباء وضربه^(٥) ،
 أو بثوب^(٦) فجعله ظهارة أو بطانة ، لأنّه لا يجب عليه نقض ذلك ،
 لكونه تصرفاً في ملكه .

وكذلك لو أزال الموصى به عن ملكه - بأن باعها ، ثم اشتراها^(٧) :
 بطلت الوصية .

ولو ذبح الشاة : تبطل الوصية ، بنفس الذبح ، لانه يدل على الرجوع ،
 لأن الذبيحة لا تبقى إلى^(٨) ما بعد الموت .

ولو أوصى بقميص ، ثم نقضه^(٩) ، وجعله قباء : يكون رجوعاً . ولو
 لم يخطه قباء ، لكن نقض القميص : فيه اختلاف المشايخ .

ولو أوصى بدار ، ثم حصصها أو هدمها^(١٠) : لا يكون رجوعاً ، لأن
 البناء تبس ، والتجسيص زينة .

(١) في ح كذا : « ترك » .

(٢) في ب : « فلا » .

(٣) في ب : « لت بسمن » .

(٤) في ا و ح : « وحشا » .

(٥) في ح : « ضربه » .

(٦) في ح : « ثوب » . وفي ب : « ثوبا » .

(٧) في ب : « باعه ثم اشتراه » .

(٨) مكتوبة في ح كذا : « لا » .

(٩) في ا و ب : « فقه » . وفي ح كذا : « فقه » .

(١٠) في ح : « هدمه » .

وكذلك لو غسل الثوب^(١) الموصى به ، لإزالة^(٢) الوسخ .
ولو قال : « أوصيت بهذا العبد^(٣) لفلان^(٤) » ثم قال : « أوصيت
بهذا^(٥) لفلان آخر^(٦) » - يكون شركة .
ولو قال : « العبد الذى أوصيت به لفلان ، هو لفلان » - يكون للثانى ،
ولا يكون شركة .
ولو قال : « العبد الذى أوصيت به لفلان ، فقد أوصيت به لفلان » -
يكون شركة^(٧) .
ولو أوصى ، ثم أنكر الوصية ، وجحدها - فالجحد لا يكون
رجوعا عند أبى يوسف^(٨) ، وعند محمد : يكون رجوعا^(٩) .

(١) « الثوب » ليست فى ب .

(٢) فى ا و ح : « لائمه لإزالة » . وفى ب : « لائمه أزال » .

(٣) « العبد » ليست فى ! .

(٤) « لفلان » ليست فى ح .

(٥) فى ح كذا : « لهذا » .

(٦) « آخر » من ب .

(٧) « ولو قال : العبد الذى أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لفلان يكون شركة »

ليست فى ا و ح .

(٨) و(٩) فى ح : « عند أبى حنيفة » . وفى ا : « لا يكون رجوعا عند أبى حنيفة ومحمد .
وعند أبى يوسف : يكون رجوعا » . وفى الكاسانى (٧ : ٣٨٠ : ١٠ من أسفل) : « ولو أوصى
ثم جحد الوصية : ذكر فى الأصل أنه يكون رجوعا ولم يذكر خلافا . قال المعلى عن أبى يوسف فى
نوادره : قال أبو يوسف رحمه الله تعالى فى رجل أوصى بوصية ثم عرضت عليه من الفداء قال : لا أعرف
هذه الوصية - قال : هذا رجوع منه . وكذلك لو قال : لم أوص بهذه الوصية - قال : وسألت محمدا
عن ذلك ، فقال : لا يكون الجحد رجوعا . وذكر فى الجامع : إذا أوصى بثلث ماله لرجل
ثم قال بعد ذلك : اشهدوا أنى لم أوص لفلان بقليل ولا كثير - لم يكن هذا رجوعا منه عن =

ولو أوصى بعبد لآِ انسان ، ثم قال : « ما أوصيت لفلان فهو لعمرو » - وهو حي ، ثم مات عمرو قبل موت ^(١) الموصى : يكون ميراثا ، لأن الوصية انتقلت إلى عمرو ، فإذا مات قبل موت الموصى ، بطلت الوصية ، فيكون ميراثا ^(٢) .

ولو قال : « ما أوصيت لفلان ، فهو لعقب عمرو » - وعمرو حي ، فإن مات عمرو قبل موت الموصى : فهو لورثة عمرو ، لأنهم صاروا عقبا له ، قبل نفاذ الوصية بالموت . ولو مات الموصى ، وعمرو حي - فتكون الوصية لفلان ^(٣) ، لأنه لم تنتقل الوصية إليهم ، لأن العقب لا يكون قبل موت عمرو .

. . .

ولو أوصى بسيف ^(٤) لآِ انسان ، فهو له بعمده وحمائله عند أبي حنيفة وزفر . وقال أبو يوسف : له ^(٥) السيف لا غير ^(٦) .
وكذا لو أوصى بالميزان والقَبَّان والسَّرَج - فعند زفر : يدخل كل ^(٧)

= وصية فلان ، ولم يذكر خلافا - فيجوز أن يكون ما ذكر في الاصل قول أبي يوسف وما ذكر في الجامع قول عمر ، ويجوز أن يكون في المسألة روايتان .

(١) « موت » ليست في ا و ح .

(٢) في ا و ب و ح : « بطلت الوصية له فتعود ميراثا » .

(٣) « لفلان » ليست في ح . وفي ا : « لعمرو » .

(٤) في ا : « بسيفه » . وفي ح : « سيف » .

(٥) « له » ليست في ا و ح .

(٦) انظر في الصفحة التالية مسألة ما إذا أوصى بمصحف .

(٧) « كل » ليست في ا و ح .

ما كان من توابع ذلك الشيء . وعند أبي يوسف : يدخل ما كان متصلا به ^(١) .

وفي المصحف الذى له غلاف : عند أبي حنيفة وأبي يوسف ^(٢) : لا يدخل الغلاف . وعند زفر : يدخل - فأبو يوسف مر على أصله، وكذا زفر . وأبو حنيفة إما أن يفرق بين المصحف وسائر المسائل ^(٣) ، أو يكون عنه روايتان .

ولو أوصى بشيء فى الظرف ، فإن المعتبر فيه العادة : إن ^(٤) كان مما ^(٥) يباع مع الظرف : يدخل ، وإلا فلا ^(٦) و ^(٧) .

(١) فى ح كذا : « متصلا به » .

(٢) « وأبي يوسف » ليست فى ا و ح .

(٣) راجع فى الصفحة السابقة مسألة ما إذا أوصى بسيف .

(٤) فى ب : « وإن » .

(٥) فى ا و ب و ح : « كل ما » .

(٦) فى ب : « يدخل فيه » ا ه . فليس فيها : « وإلا فلا » .

(٧) زاد فى ب : « والله أعلم » .

كتاب الوكالة

يحتاج إلى^(١) :

بيان الوكالة^(٢) لغة وشرعا ،

وإلى بيان أنواعها .

أما الوكالة^(٣)

فى اللغة - < ف > هى^(٤) الحفظ : قال الله تعالى : « وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل »^(٥) أى ونعم الحافظ .

وقد^(٦) يراد بها^(٧) التفويض - يقال : « توكلت على الله » أى فوضت^(٨) أمرى إليه .

وفى الشرع كذلك هى^(٩) تفويض التصرف ، والحفظ ، إلى الوكيل .

(١) فى ا و ح : « قال رحمه الله : يحتاج إلى » . وفى الاصل : « قال : يحتاج إلى » .

(٢) و (٣) فى ب : « التوكيل » .

(٤) كذا فى ا و ح . وفى الاصل و ب : « هو » . راجع الهامش السابق .

(٥) آل عمران : ١٧٣ - « الذين قال لهم الناس إن الناس قد جمعوا لكم فاخشوهم فزادهم إيمانا وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل » .

(٦) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « وذلك » - فهناك معنيان للوكالة : الحفظ ، والتفويض (السكاسانى ، ٦ : ١٩ : ٤ من أسفل) . وانظر ما يلى فى المتن .

(٧) فى ا و ب و ح : « به » ،

(٨) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « وفوضت » .

(٩) « هى » ليست فى ح . وفى ا و ب : « هو » . راجع فيما تقدم الهوامش ٢ و ٣ و ٤ و ٧ .

ولهذا قال أصحابنا : « من قال : وكأت فلاناً في مالى ^(١) » - يصير وكَيْلاً في الحفظ ، لأنه أدنى .

نعم الوطاة نوعان : أمرهما ^(٢) في حقوق الله تعالى ، والثاني في حقوق العباد .

أما الوطاة في حقوق الله تعالى

فنوعان ^(٣) : في الإثبات ، والاستيفاء .

الأول - التوكيل ^(٤) في إثبات الحدود

وهو ^(٥) الذى ^(٦) يحتاج فيه ^(٧) إلى الخصومة : من حد السرقة ، وحد القذف - وفيه خلاف : قال أبو حنيفة ومحمد : يجوز ، وقال أبو يوسف : لا يجوز . وكذا الخلاف في إثبات القصاص أيضاً ^(٨) . أما في غيرهما : فلا يحتاج ^(٩) فيه إلى الخصومة ، فلا يصح فيه التوكيل في الإثبات ، بل يثبت ذلك عند القاضى : بالشهود ، والإقرار .

(١) في ح : « فى مال » .

(٢) « أحدهما » من ا و ح .

(٣) الفاء من ا و ح .

(٤) في ب : « التوكيل » .

(٥) « وهو » ليست فى ب . وفى ا و ح : « وهى » .

(٦) فى ا و ب و ح : « التى » .

(٧) فى ا و ب : « فيها » .

(٨) فى ا و ح : « وكذا فى إثبات القصاص » ا هـ .

(٩) الفاء من ا و ح . وفى ا : « فأما فى غيرهما فلا » . وفى ب : « فأما فى غيرهما لا » .

وفى ح : « فأما فى غيرهما فلا » .

وأما في الاستيفاء

< ف > إن كان المسروق منه حاضرا ، و^(١) المقذوف : يجوز التوكيل بالاستيفاء ، لأن ذلك إلى الإمام ، وهو لا يقدر أن يبشر بنفسه على كل حال . وإن كان غائبا : اختلف المشايخ - قيل : يجوز ، لأنه لا يصح العفو والصلح عنهما^(٢) . وقيل : لا يجوز ، لأنه يحتمل الإقرار والتصديق . وأما في القصاص : < ف > إن كان الولي حاضرا : يجوز ، وإن كان غائبا : لا يجوز ، لاحتمال العفو .

وأما^(٣) الوطأة في حقوق العباد

فأنواع - منها :

الوطأة في النصوص : في إثبات الدين ، والعين ، والحقوق

واختلفوا فيها^(٤) : قال أبو حنيفة : لا يصح من غير رضا الخصم ، إلا من عذر السفر^(٥) ، أو المرض ، أو كانت امرأة مخدرة .

وقال أبو بكر الرازي : جواب أصحابنا في الرجل والمرأة سواء ، وإنما هذا شيء^(٦) استحسسه المتأخرون . وعلى قول أبي يوسف ومحمد : يصح

(١) في ا و ب و ح : « أو » .

(٢) في ب : « فيهما » .

(٣) في ب : « ومنها » .

(٤) في الأصل و ا و ب و ح : « فيه » .

(٥) في ح كذا : « الصفر » .

(٦) « هذا شيء » ليست في ا . و « شيء » ليست في ح . وفي ب : « هو شيء » .

من غير رضا الخصم في الأحوال كلها^(١)، وهي مسألة معروفة .

وإذا صح التوكيل بالخصومة : < ف > إذا أقر الوكيل على موكله :
< ف > عند أبي حنيفة ومحمد : يصح في مجلس القضاء^(٢) ، ولا يصح في
غير مجلسه .

وقال أبو يوسف : يصح فيهما جميعا^(٣) .

وقال زفر والشافعي : لا يصح أصلا .

وأجمعوا أنه إذا استثنى الإقرار وتزكية الشهود في عقد التوكيل :
يصح ، و^(٤) يكون وكلا بالإنكار لا غير .

وأما إذا وكل بالخصومة مطلقا ، ثم استثنى الإقرار^(٥) في كلام
منفصل^(٦) : < ف > عند محمد : لا يجوز^(٧) ، وعند أبي يوسف : يصح .

وأجمعوا أن إقرار الأب ، والوصي ، وأمين القاضى - على
الصغير : لا يصح .

(١) « وعلى قول ... كلها » من أ ب و ح .

(٢) في أ ب و ح : « القاضى » .

(٣) « جميعا » من ب .

(٤) « وتزكية الشهود ... يصح » من أ ب و ح . وراجع الكاشاني : ٦ : ٢٢ :

١٠ من أسفل .

(٥) هنا تكرار في ب .

(٦) في أ و ح : « منفصلا » .

(٧) في أ ب و ح : « لا يصح » .

وأما التوكيل بالأقرار إن^(١) ثبت عنده.. ذكر الطحاوى أنه لا يجوز^(٢).
وذكر في الوكالة أنه يجوز .

. . .

والوكيل بالخصومة ، فى مال - إذا قضى القاضى بالمال ، هل يملك القبض ؟ فمئدنا : يملك ، وعند زفر : لا يملك .

أما الوكيل^(٣) بتقاضى الدين : < ف > يملك القبض أيضا^(٤) فى ظاهر الرواية ، ولكن أصحابنا المتأخرون قالوا : لا يملك ، بحكم العرف ، كالوكلاء فى باب القضاء^(٥) .

وأما الوكيل بقبض الدين - < ف > هل^(٦) يملك الخصومة فى إثبات الدين إذا أنكر الغريم ؟ عند أبى حنيفة : يملك^(٧) ، وعندهما : لا يملك^(٨) .
وأجمعوا أن الوكيل بقبض العين ، إذا أنكر الغريم^(٩) ، لا يملك الخصومة .
وأجمعوا أن الوكيل بالملازمة لا يملك القبض .

(١) « إن » من ا و ب و ح . وعبارة « إن ثبت عنده » لا يظهر لها محل هنا . وفى الكاسانى (٦ : ٢٢ : ٤ من أسئل) : « وأما التوكيل بالإقرار فذكر فى الأصل أنه يجوز ، وذكر الطحاوى أنه لا يجوز » .

(٢) فى ا : « الطحاوى أنه يجوز » . راجع الهامش السابق .

(٣) كذا فى ح . وفى الأصل و ا و ب : « التوكيل » .

(٤) « أيضا » ليست فى ب .

(٥) فى ا و ح : « فى باب القصاص » .

(٦) فى ا و ح كذا : « وأما الوكيل فى قبض هل ... »

(٧) فى ب : « عند أبى حنيفة يملك القبض فى هذين القضاين » . وانظر الهامش التالى .

(٨) « فى إثبات الدين ... لا يملك » ليست فى ح . وفى ا : « لا يملك الخصومة » .

(٩) « الغريم » من ا و ح .

وقالوا في الوكيل بطلب الشفعة ، وبالرد بالعيب ، وبالقسمة : < إنه >
يملك الخصومة .

ثم لسكل واحد من الخصمين أن يعزل وكيله ، من غير محضر من
خصمه ^(١) ، إلا إذا كان وكيلًا بالتماس الخصم ^(٢) ، فلا بد من حضرة
الخصم حتى يصح عزله ^(٣) ، ولكن لا بد من علم الوكيل ، أو حضرته ،
حتى يصح ^(٤) عزله ، حتى لا يؤدي إلى الغرور في حقه .
وكذا الجواب في كل وكالة .

وإذا بلغ الوكيل الخبر بالعزل ، بالكتابة أو بالرسالة : ينزل ، بلا
خلاف . وأما إذا جاءه على وجه الخبر : لم ينزل عند أبي حنيفة ^(٥) ، حتى
يخبره رجل عدل ، أو رجلان على أي صفة كانا ^(٦) - فالشرط عنده أحد
شطري الشهادة : إما العدالة ، أو العدد . وعندهما : خبر الواحد مقبول ،
ولا يشترط العدالة ، لأن هذا من باب المعاملة .

(١) في ب : « من خصمه الآخر » .

(٢) قال الزيلعي (التبيين : ٤ : ٢٨٦) : « اعلم أن الموكل عزل الوكيل عن الوكالة متى
شاء ، لأنها حقه ، فملك إبطالها ، إلا إذا تعاق بها حق الغير ، بأن وكله بالخصومة بالتماس من الطالب
عند غيبة المطالب ، فإن الموكل لا يملك عزله في هذه الحالة ، لأنه إنما خلى سبيله اعتمادا على أنه يتمكن
من إثبات حقه متى شاء ، فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفاء المطلوب لما فيه من إبطال حقه ،
فصار كالوكالة المشروطة ببيع الرهن ، بخلاف ما إذا كان المطالب حاضرا أو كانت الوكالة من غير
التماس الطالب أو كانت من جهته » .

(٣) « عزله » ليست في ح . راجع الهامش السابق .

(٤) « يصح » ليست في ا و ح .

(٥) « عند أبي حنيفة » ليست في ا و ح .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « كان » .

ومنها - الوكالة بقبض الدين^(١)

صحيح > ، لحاجة صاحبه إلى قبض الوكيل ، لمجزه عن قبض ديونه بنفسه كلها - إلا أن^(٢) في قبض رأس مال السلم ، وضمن الصرف^(٣) : يصح التوكيل في المجلس ، لا خارج المجلس^(٤) ، لأن الموكل يملك القبض في المجلس لا غير^(٥) .

. . .

وإذا قبض الوكيل يبرأ^(٦) المديون ، وصار المقبوض ملكا لصاحب الدين ، ويكون أمانة في يد الوكيل ، ويكون حكمه حكم المودع في أن^(٧) يقبل قوله إنه دفعه^(٨) إلى صاحب الدين ، وفي كل ما يبرأ به^(٩) المودع من الوديعة^(١٠) .

. . .

وليس للوكيل بالقبض أن يوكل غيره ، لأنه رضى برأيه وأمانته^(١١)

(١) « الدين » ساقطة من ا و ح .

(٢) « أن » ساقطة من ا .

(٣) في ا و ح : « رأس مال السلم ثم الصرف » .

(٤) « لا خارج المجلس » ليست في ا و ح .

(٥) « لا غير » ليست في ا و ح .

(٦) في ب : « برأ » . وفي ح : « يبرؤ » . وفي ا : « يبرى » .

(٧) في ب : « في أنه » .

(٨) في ب : « قوله إذا دفع » .

(٩) في ا : « ما يبرى به » . وفي ب : « ما يرى به » . وفي ح : « ما ينوى به » .

(١٠) راجع فيما تقدم ص ٢٧٥ وما بعدها .

(١١) « وأمانته » من ا و ب و ح .

وحده . فإن فعل ذلك ، وقبض الوكيل الثانى : لم يبرأ الغريم من الدين ، لأن التوكيل لم يصح ، فهو كالأجنبي ، إلا إذا وصل ^(١) ما قبض إلى الوكيل الأول ، لأنه وصل إلى يد من هو نائب المالك . فإن هلك فى يد القابض ، قبل ذلك : ضمنه الذى قبضه ، و ^(٢) لم يبرأ الدافع من الدين الذى عليه ، وكان ^(٣) للطالب أن يأخذ الغريم بدينه . فإذا أخذه منه ، رجع الغريم على من دفعه إليه ، فيرجع ^(٤) الوكيل الثانى على الأول إن هلك ، ما قبض ، فى يده - إلا إذا قال الموكل للوكيل بالقبض : « اصنع ما شئت » : فله أن يوكل غيره بالقبض .

. . .

وليس للوكيل بقبض الدين أن يأخذ عيناً مكانه ، لأن هذا ^(٥) عقد معاوضة ، وقد وكله بقبض حقه لا غير ، لا بالاستبدال ولا بالاعتياض ^(٦) .

. . .

ولو وكل رجلين بقبض دينه ، فليس لأحدهما أن يقبض دون صاحبه ، لأنه رضى برأيهما ، لا برأى أحدهما ، فإن قبض أحدهما لم يبرأ ^(٧) الغريم ،

(١) فى ا : « أوصل » .

(٢) « ضمنه الذى قبضه و » من ا و ب و ح .

(٣) هكذا فى ب . وفى الاصل : « وإن » . وفى ا و ح : « فكان للطالب » .

(٤) فى ا و ب و ح : « ورجع » .

(٥) « لأن هذا » من ا و ب و ح . وفى الاصل : « لأنه » .

(٦) فى ب : « وقد وكل بقبض حقه لا غير لا الاستبدال به ولا اعتياض عنه » . وفى ا

و ح : « وقد وكله بقبض حقه لا بالاستبدال به ولا الاعتياض عنه » .

(٧) فى ح كذا : « لم يبرى » .

حتى يصل ما قبض^(١) أحدهما إلى صاحبه ، فيقع ذلك في أيديهما جميعا ،
أو يصل إلى^(٢) الموكل ، لأن المقصود بالقبض قد حصل ، فكأنهما قد^(٣)
قبضاه ابتداء .

. . .

ولو أن الوكيل بقبض الدين قبضه^(٤) ، فوجده معيبا ، فما كان للموكل
رده : فلو وكيل رده وأخذ بدله^(٥) ، لأنه قائم مقامه^(٦) .

. . .

ولو كان لرجل على رجل دين فجاءه رجل وقال له^(٧) : « إن الطالب
أمرني بقبضه منك^(٨) » ، فدفعه^(٩) إليه ، ثم جاء الطالب وأنكر أن يكون
أمره بذلك ، فهذا على ثلاثة أوجه :

أحدها - إن صدق الوكيل بالوكالة ، ودفعه إليه ، فإنه يقال له : « ادفع
الدين إلى الطالب ولا حق لك على الوكيل » ، لأنه أقر بالوكالة^(١٠) ، وإقراره

(١) في ا و ح : « ما قبضه » .

(٢) « إلى » ليست في ا .

(٣) « قد » من ا و ب و ح .

(٤) في ب : « إذا قبضه » .

(٥) في ا : « ميبا فله أن يرده وأخذ بدله » .

(٦) في ب و ح : « لأنه كان قائما مقامه » .

(٧) « له » من ا و ح .

(٨) في ا و ح : « قبض دينه منك » . وفي ب : « بقبضه » فقط .

(٩) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « ودفعه » .

(١٠) « لأنه أقر بالوكالة » ليست في ا .

صحيح في حق نفسه ، فكأنه يقول : « إن الطالب ظلمني بالقبض ^(١) ، فلا أظلم الوكيل القابض بحق » .

والثاني - إن صدقه وضمنه ما ^(٢) دفعه إليه ، ثم حضر الموكل ورجع عليه : رجع ^(٣) هو على القابض - لأنه ، وإن اعترف أنه قبض بحق وأن الطالب ظالم ^(٤) فيما قبض ، ولكنه ^(٥) ضمنه ما يطلبه الطالب ^(٦) بغير حق ، فيصح الضمان ، كما لو قال : « ماغصبك فلان فهو علي » .

والثالث - إن كان المطلوب يقول ^(٧) : « كذب الوكيل في الوكالة » ، أو لم يصدق ولم يكذب ، ودفعه إليه ، ثم حضر الطالب ، وأخذ منه : رجع على الوكيل ، لأنه لما كذبه أو لم يكذبه ولم يصدقه ، ثم طالبه ، عاد إلى التكذيب ، وله ذلك ، فلم ^(٨) يقر بكونه قابضا بحق ^(٩) ، فله أن يرجع ^(١٠) .

(١) « بالقبض » ليست في ا و ح .

(٢) « ما » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « وضمنه ودفعه » .

(٣) « رجع » ساقطة من ح .

(٤) في ا و ح : « ظلمه » .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « ولكن » .

(٦) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « للطالب » .

(٧) « يقول » ليست في ا و ب و ح فقيها : « المطلوب كذب .. » .

(٨) في ا و ح : « كذب الوكيل في الوكالة أو لم يصدق ولم يكذب أو كذبه ولم يصدقه ثم طالبه فعاد إلى التكذيب فله ذلك فإن لم » .

(٩) « بحق » ليست في ح . وفي ب : « لحق » .

(١٠) زاد في ا و ب و ح : « عليه » .

وأما التوكيل بالسراء - فقول :

جملة هذا أن الوكالة على ضربين : وكالة عامة ، ووكالة خاصة .

أما الوكالة العامة :

فإنها تصح^(١) مع الجهالة الكثيرة^(٢) ، كما إذا قال : « اشتر لي^(٣) ماشئت أو ما رأيت » ، لأنه فوض الرأي إليه ، فصار بمنزلة البضاعة والمضاربة^(٤) .

وأما الوكالة الخاصة :

فالقياص أن لا تجوز ما لم يذكر الجنس وقدر الثمن والصفة ، كما في البيع^(٥) . وفي الاستحسان أن الجهالة اليسيرة لا تمنع^(٦) .

وإنما تنقل الجهالة إذا كان اسم ما وكل بشرائه لا يتناول إلا نوعا واحدا^(٧) . وذكر فيه أحد أمرين : إما الصفة أو مقدار الثمن . فإذا كان الاسم^(٨) يتناول أنواعا مختلفة أو في حكم الأنواع المختلفة^(٩) - فإن الجهالة

(١) كذا في أ . وفي الأصل و ب و ح : « على ضربين : وكالة عامة فتصح (في ح : يصح) » .

(٢) في ب : « الكبيرة » .

(٣) « لي » ليست في أ و ح .

(٤) راجع « كتاب المضاربة » ص ٢٢ وما بعدها والمماش ٦ ص ٢٦ .

(٥) « الجنس » ليست في أ و ب و ح بل الذي فيها : « النوع » ففيها : « ما لم يذكر النوع والصفة ومقدار الثمن كما في البيع » ولكن « الثمن » ساقطة من أ . وفي الكسائي (٢٣ : ٦) مثل ما في أ و ب و ح . وراجع ح ٢ ص ٦٢ وما بعدها .

(٦) في أ و ح : « وفي الاستحسان : يجوز لأن الجهالة اليسيرة » .

(٧) « واحدا » ليست في ح .

(٨) في ب تكرار هنا .

(٩) « أو في حكم الأنواع المختلفة » ليست في ب .

كثيرة ، فلا تجوز الوكالة ، وإن بين^(١) مقدار الثمن ، أو الصفة ، أو كلاهما ، ما لم يبين مع ذلك نوعا منه .
أما بيان الأول :

— إذا قال الموكل^(٢) للوكيل : « اشتر لي عبدا أو جارية » : إن بين الثمن أو الصفة^(٣) ، بأن قال تركيا أو روميا أو هندية - جاز^(٤) ، لأنه تقل الجمالة بذكر أحدهما وبحال الموكل .

— ولو قال : « اشتر لي^(٥) حمارا أو بغلا أو فرسا » ، ولم يبين له صفة ولا ثمن^(٦) ، قالوا : يجوز ، لأن النوع لم يختلف ، والصفة تكون^(٧) معلومة بحال الموكل .

— ولو قال : « اشتر شاة أو بقرة » ، ولم يبين له^(٨) صفة ولا ثمن - لم يجز ، لأنها لا تصير معلومة الصفة^(٩) بحال الموكل ، وقد ذكرنا أنه لا بد من أن تكون الصفة أو^(١٠) الثمن معلوما .

(١) في ب : « وإن تبين » . وفي ا و ح : « كثيرة لا يجوز الوكالة وإن بين » .

(٢) « الموكل » من ب وليس فيها : « للوكيل » .

(٣) في ا و ح : « إن بين الصفة أو مقدار الثمن » . وفي ب : « فله أن يبين الثمن أو الصفة » .

(٤) « جاز » ساقطة من ا و ح .

(٥) « لي » ليست في ح . و « اشتر لي » ساقطة من ا .

(٦) في ا و ح كذا : « وبين له صفة - لا ثمن » .

(٧) في ا و ب و ح : « تصير » . وفي ب كذا : « والصفة تصير معلومة الصفة بحال الموكل » .

(٨) « له » من ا و ح .

(٩) في ب : « لأنه لا يصير معلوم الصفة » .

(١٠) في ح : « و » .

وأما بيان الثماني :

— إذا قال : « اشترى لي ^(١) حيوانا ، أو ^(٢) مملوكا ، أو دابة ، أو ثوبا » : لا يجوز ، وإن بين الثمن ، لأن الاسم يقع على أنواع مختلفة .
— وكذا إذا قال : « اشترى لي ^(٣) جوهرا » ، لما قلناه .
— وكذا إذا قال : « اشترى لي ^(٤) حنطة » : لا تجوز الوكالة ، ما لم يبين الثمن ^(٥) أو عدد القفزان .

. . .

ولو وكله بشراء عبدا أو جارية ، وسمى الثمن أو الصفة ، فاشترى أعمى أو مقطوع اليدين أو الرجلين - فإنه يجوز ذلك عند أبي حنيفة إذا اشترى ما يسمى عبدا أو جارية . وعندهما : يجوز الأعور ^(٦) أو مقطوع أحد الطرفين ، فأما فئات جنس المنفعة : < فلا يجوز ^(٧) .
ولو وكله بأن يشتري له طعاما ولم يبين له - فإن كان الثمن قليلا : يصرف ^(٨) إلى الخبز ، وإن كثيرا : انصرف إلى الحنطة والدقيق .

(١) « لي » ليست في ا و ح .

(٢) « أو » ليست في ب .

(٣) و (٤) « لي » ليست في ا و ح . وانظر الهامش التالي .

(٥) « لي حنطة . . . الثمن » ساقطة من ح .

(٦) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « العور » .

(٧) هكذا العبارة في ا . أما في الأصل و ب و ح : « فأما لا يجوز فئات جنس (في ح :

الجلس) المنفعة » .

(٨) في ب و ح : « انصرف » .

ولو قال : « اشتر لي ^(١) بدرهم لحماً » - انصرف إلى ما يباع في السوق ، في الأغلب ، دون لحم الوحش والطيور والسمك والشواء ^(٢) المطبوخ . وفي الرأس ينصرف إلى المشوى دون النىء ، ويقع على رأس الغنم دون البقر - وهو أمر مبنى على العادة ^(٣) .

ولو قال : « اشتر لي ^(٤) جارية بعينها بمائة دينار » ، فاشتراها بدراهم ، تكون قدر قيمة ^(٥) مائة دينار ، أو أقل - جاز على الأمر ، في قياس قول ^(٦) أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال زفر : لا ^(٧) يلزم الأمر - وهذا رواية الحسن بن زياد . وقال الكرخي : المشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ^(٨) أنه لا يجوز أن ^(٩) يشتريها بالدراهم ، كما قال زفر ، لأنهما جنسان مختلفان .

. . .

ثم الوكيل بالشراء إذا خالف يصير ^(١٠) مشترياً لنفسه . فأما

(١) « لي » ليست في ا و ح .

(٢) « و » ليست في ا و ح ففيها كذا : « والشوا المطبوخ » .

(٣) في ا و ح : « وهذا أمر يبنى على العادة » .

(٤) « لي » ليست في ا و ح .

(٥) في ب : « يكون قيمتها » .

(٦) « قول » من ا و ب و ح .

(٧) « لا » ساقطة من ب . وفي ا و ح : « وعند زفر : لا يلزم » .

(٨) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « من قولهم » .

(٩) في ب : « لا أن يشتريها » .

(١٠) في ب : « يكون » .

الوكيل^(١) بالبيع: إذا خالف، يكون موقوفا على إجازة صاحبه - والفرق ظاهر^(٢).

وأما التوكيل^(٣) بالبيع - فنقول :

عند أبي حنيفة : الوكيل بالبيع مطلقا له أن يبيع بما عز وهان^(٤) ، بأى^(٥) ثمن كان ، وإن كان غبنا فاحشا ، وسواء كان الثمن عينا أو دينا . وعندهما : لا يجوز إلا أن يبيع ، بالاثمان ، بمثل قيمته .

وأما إذا باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه ، فهو على وجهين : إن كان ذلك مما لا ضرر فى تبعيضه : جاز ، بالاتفاق ، مثل المكيل والموزون ، أو يبيع^(٦) شيئين .

وإن كان فى تبعيضه ضرر ، بأن كان التوكيل ببيع عبد ، فباع نصفه - جاز عند أبي حنيفة ، وعندهما : لا يجوز ، إلا أن يجيزه الموكل .

. . .

(١) فى ب : « بخلاف الوكيل » .

(٢) وهو « أن الوكيل بالشراء متهم ، لأنه يملك الشراء لنفسه ، فأمكن تنفيذه عليه ، حتى لو كان صبيا محجورا أو عبدا محجورا لا ينفذ عليه بل يتوقف على إجازة الموكل لانهما لا يملكان الشراء لأنفسهما ، فلا يمكن التنفيذ عليهما ، فتوقف » الكاسانى ، ٦ : ٢٩ : ١٠ من أسفل . وراجع المرغينانى ، الهداية (الطبعة الخاصة بالمتن) ٣ : ١٠٣ - ١٠٤ : ١٠٧ .

(٣) فى ا و ح : « الوكيل » .

(٤) « بما عز وهان » من ا و ب . وفى ح : « ما عز وهان » .

(٥) فى ا و ب و ح : « وبأى » .

(٦) فى ب : « أو يبيع » . وفى ح كذا : « أو يبيع » .

نم الوطاة نوعان :

منها - ما لاحقوق له إلا ماأمر به ، كالأوكالة بتقاضى الدين ، والأوكالة بالملازمة ، ونحوهما .

ومنها - ما يكون حقوقه للأوكيل ، وعليه .

ومنها - ما يكون حقوقه للموكل ، وعليه .

فكل ما لا يحتاج فيه إلى إضافة العقد إلى الموكل ، وبكتفى فيه بالإضافة إلى نفسه - كالبیاعات ، والأشربة ، والأجارات ، والصلح عن إقرار ، ونحوها : فإن الحقوق^(١) ترجع إلى الوكيل ، حتى يجب عليه تسليم المبيع ، وقبض الثمن ، ويخاصم المشتري الوكيل فى العيب ، ويجب^(٢) عليه الضمان عند الاستحقاق ، إلا إذا كان العاقد ليس من أهل لزوم العهدة^(٣) ، كالأصبي المحجور والعبد المحجور ، والقاضى ، وأمين القاضى ، ونحو ذلك .

وللوكيل أن يوكل غيره فى الحقوق . وليس للموكل أن يباشر ذلك بنفسه ، ما دام الوكيل قائما ، فإن مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا^(٤) ،

(١) فى ا و ح : « حقوقها » .

(٢) فى ا و ح : « ويجرى » .

(٣) فى ب : « إلا إذا كان العاقد الوكيل ليس من أهل لزوم العقد » .

(٤) « مطبقا » ليست فى ب . ومُطَبَّقٌ « يسكون الطاء وكسر الباء أى دائم ومنه تسمية الأطباء الحمى الدموية اللازمة بالمطبعة » . اتقانى - قال النووى رحمه الله فى تحرير التنبيه : المجنون المطبق بفتح الباء أى الذى أطبق جنونه ودام متصلا ومنه قول العرب : الحمى المطبقة بفتح الباء وهى الدائمة هـ الشافى على الزيامى ، ٤ : ٢٨٧ .

وهو <شهر عند أبى يوسف ، وحول^(١) عند محمد>^(٢) : يخرج الوكيل من الوكالة . وترجع المهدة إلى الموكل^(٣) .

وأما ما يحتاج فيه إلى الإضافة إلى الموكل - كالكساح ، والخلع ، والطلاق على مال ، والصالح عن^(٤) دم العمدة ، والعق على مال ، والكتابة ، والصالح عن^(٥) إنكار ، ونحوها : فالحقوق ترجع إلى الموكل .

ثم الوكيل بالبيع - إذا رد عليه المبيع بالعيب ، يملك أن يبيعه مرة أخرى . وكذلك فى كل ما يكون هو الخصم فيه .

ولو أن الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري من الثمن ، أو أجله ، أو أخذ بالثمن عوضا غيره^(٦) ، أو صالحه من الثمن على شيء ، فذلك كله جائز على الوكيل عند أبى حنيفة ، ويضمن للموكل ، وعلى قولهما : لا يجوز شيء من ذلك^(٧) .

(١) « حول » من اوب و ح .

(٢) فى الأصل و اوب و ح : « شهر عند محمد وحول عند أبى يوسف » ولكننا وجدنا أن الصحيح ما أئتمناه فى المتن (الكاسانى ، ٦ : ٣٨ : ٢١ . والزيلعى ، ٤ : ٢٨٧ - ٢٨٨ . والمرغينانى ، الهداية ، ٦ : ١٢٧ - ١٢٨) . وفى الهداية أنه عن أبى يوسف : أكثر من يوم وإيلة . وقال قاضى زاده فى نتائج الأفكار (٦ : ١٢٨) « قال الناطقى فى الأجناس : « قال ابن سماعه فى نوادره : قال محمد فى قوله الأول : حتى يحسن يوما وإيلة فيخرج الوكيل من الوكالة ، ثم رجع وقال : حتى يحسن شهرا ، ثم رجع وقال : حتى يحسن سنة » .

(٣) « وترجع المهدة إلى الموكل » من اوب و ح .

(٤) كذا فى اوب و ح . وفى الأصل : « من » .

(٥) كذا فى اوب و ح . وفى الأصل : « على » .

(٦) فى ب : « عوضا أو غيره » .

(٧) فى ا : « عند أبى حنيفة ومحمد ويضمن للموكل . وعلى قول أبى يوسف : لا يجوز شيء من =

وإن ارتد الوكيل ، توقفت الوكالة - فإن أسلم : جاز < ت > ، وإن قتل على رده ، أو لحق بدار الحرب مرتدا^(١) وحكم بلحاقه^(٢) : تبطل ، وعندهما : جائزة^(٣) - وأصل المسألة أن تصرفات المرتد موقوفة عنده ، وعندهما : نافذة. وتصرفات المرتدة^(٤) نافذة بلا خلاف . فإن رجع مسلما : عاد إلى وكالة عند محمد ، وعند أبي يوسف : لا يعود^(٥) .

= ذلك » . وفي ح : « أو صالحه من الثمن على شيء فذلك قول أبي يوسف لا يجوز شيء من ذلك » . والظاهر أن عبارة ح تشابه عبارة أ إلا أنه سقط من ح قوله في أ : « كله جائز على الوكيل عند أبي حنيفة ومحمد ويضمن الموكل وعلى قول » . وفي الكاساني مثل ما في المتن (٦ : ٢٨ : ٦) .

(١) « مرتدا » من ب .

(٢) هكذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « بلحوقه » . وقال الكاساني (٦ : ٣٨ -- ٣٩) : « بلحاقه » تارة و « بلحوقه » تارة . وقال النسفي في الكنز : « ولحوقه » . وقال الزيلعي (التبيين ، ٤ ، ٢٨٨) وقاضى زاده (نتائج الأفكار ، ٦ : ١٢٦) : « لحاقه » . وفي المصباح : « المحقوق للزوم واللاحق الإدراك » .

(٣) « التاء » من ا و ح .

(٤) في ب : « المرتد » .

(٥) زاد في ب : « والله تعالى أعلم » .

كتاب الكفالة

قال^(١) :

يحتاج إلى :

بيان الكفالة لغة وشرعا ،

وإلى بيان ألفاظ الكفالة ،

وإلى بيان شرائط صحتها ،

وإلى بيان أنواع المكفول به ،

وإلى بيان أحكامها .

أما الأول

فالكفالة لغة هي الضم - قال الله تعالى : « وكفّٰها زكريا^(٢) » ، أى
ضمها إلى نفسه .

وفى الشرع - ضم ذمة ، إلى ذمة ، فى حق المطالبة ، أو فى حق أصل
الدين : على حسب ما اختلف المشايخ فيه .

(١) فى ب : « قال الشيخ الإمام رحمه الله » . وفى ح : « قال رحمه الله » وفى ا : « قال
رحمه الله : نحتاج » .

(٢) آل عمران : ٣٧ - « فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبتها نباتاً حسناً وكفّٰها زكريا كلما
دخل عليها زكريا المحراب وجد عندها رزقا قال يا مريم أنى لك هذا قالت هو من عند الله إن
الله يرزق من يشاء بغير حساب » .

وَأَمَّا أَلْفَاظُ الْكَفَالَةِ

« ف » أن يقول الكفيل للطالب : « دعه فأنا ضامن ماعايه » أو « كفيل بذلك » أو « قَبِيل » أو « زعيم » أو « هو إِيَّيَّ » أو « على » أو « هو ^(١) لك عندي » أو « هو لك قَبِيلِي » .

وقد ذكرنا في كتاب الإقرار : « إذا قال لفلان عندي كذا ، يكون إقراراً بالوديعة » ^(٢) ، وههنا : يكون ضماناً - لأن قوله « عندي » ^(٣) ، يحتمل « هو في يدي » ويحتمل « هو في ذمتي » ، فيقع على الأدنى ^(٤) ، وهو الوديعة ، فأما الدين فلا يكون إلا في الذمة ولا يكون في اليد ^(٥) ، فحمل على الوجوب ههنا .

وَأَمَّا شُرَاطُهَا

فمن ذلك - أن يكون الكفيل من أهل التبرع ، لأن الكفالة تبرع بالتزام المال ^(٦) . فلا يصح من الصبي ، والعبد المحجور عليه ^(٧) . وكذا

(١) في ا و ح : « ما هو » .

(٢) راجع فيما تقدم ص ٣١٧ وما بعدها .

(٣) « عندي » ساقطة من ح .

(٤) في ح : « الأولى » .

(٥) « ولا يكون في اليد » من ا و ب و ح .

(٦) « المال » من ا و ب و ح .

(٧) في ا و ح : « الصبي والعبد المحجور عليهما » . وفي ب : « الصبي والعبد والمحجور عليهما » .

وقال الكاساني (٦ : ٥ - ٦) : « أما الذي يرجع إلى الكفيل فأنواع منها العقل ومنها البلوغ وإنهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون ... ومنها الحرية وهي شرط نفاذ هذا التصرف - فلا تجوز كفالة العبد محجوراً كان أو مأذوناً لعق التجارة » . وقال ابن =

لا تصح كفالة المكاتب . وكذا كفالة المريض : لا تصح إلا من
الثالث كتبرعه .

ومن شرطها أيضاً - أن يكون الدين صحيحاً ، سواء كان ^(١) على الصغير
أو العبد المحجور ، لأنه يطالب بعد العتق .

وأما الكفالة بيد الكتابة - فإنه ^(٢) لا تجوز ، لأنه ليس بدين صحيح ،
لأنه ^(٣) لا يجب المولى على عبده شيء ، وإنما وجب مخالفاً للقياس ،
لصحة الكتابة ^(٤) ، نظراً للعبد ، حتى يصل إلى العتق ^(٥) .

وأما المكفول به

فنوعان ^(٦) : الديون ، والأعيان .

أما الكفالة بالديون :

< ف > صحيحة بلا خلاف ، وصاحب الدين بالخيار : إن شاء طالب

=المهام (الفتح ، ٣٨٩:٥) : « وشرطها في الكفيل كونه من أهل التبرع فلا كفالة من صبي ولا
عبد محجور ولا مكاتب .. » وقال الزيلعي (التبيين ، ٤ : ١٤٦) : « وأهلها أن يكون
الكفيل من أهل التبرع حتى لا يصح ممن لا يملك التبرع كالعبد المأذون له في التجارة والمكاتب
والصغير ... » .

(١) « كان » من ا و ب و ح . وفي الأصل علامة تشير إلى نقصها ولكن ليس في الهامش
الكلمة الناقصة .

(٢) « لأنه » من ا و ج .

(٣) « لأنه » ليست في ح .

(٤) في ا و ح : « الكفالة » .

(٥) راجع ص ٤١٨ وما بعدها من الجزء الثاني .

(٦) في ا و ح : « وأما أنواع المكفول به فنقول : المكفول به نوعان » . وفي ب : « وأما

نوع المكفول به : نوعان » .

الأصيل ، وإن شاء طالب الكفيل ، ولا يوجب براءة الأصيل عندنا .
وعند ابن أبي ليلى : يوجب البراءة - وهذا فاسد ، لأنه يصير الكفالة
والحوالة سواء .

وأيهما اختار بمطالبته ^(١) لا يبرأ الآخر - بخلاف غاصب الغاصب مع
الغاصب : فإن ^(٢) للمالك أن يضمن أيهما شاء ، وإذا اختار تضمين ^(٣)
أحدهما ، لم يكن له اختيار الآخر . وكذا في إعتاق أحد الشريكين :
الشريك الساكت بالخيار بين أن يضمن المعتق إن كان موسرا ، وبين
أن يستسمى العبد ^(٤) ، فإذا اختار أحدهما : ليس له أن يختار الآخر ^(٥) .
وجملة هذا أن الكفيل ليس له أن يطالب المكفول عنه ^(٦) بالمال قبل أن
يؤدى عنه شيئا ^(٧) - إلا أنه إذا طوَّب : طالب ^(٨) المكفول عنه بالخلاص ^(٩) .
فإن حبس : كان له أن يحبس المكفول عنه . أما إذا أدى < ف > ينظر :
إن كان كفلا ^(١٠) ، بغير أمره : فلا يرجع عندنا ، خلافا للمالك ، لأنه

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل « طالبه » .

(٢) « فإن » من ا و ح .

(٣) « تضمين » من ا . وفي ح : « وإن اختار يضمن » .

(٤) « العبد » من ا و ح .

(٥) « وكذا في إعتاق ... يختار الآخر » ليست في ب .

(٦) « المكفول عنه » من ا و ب و ح .

(٧) « عنه شيئا » من ا و ح .

(٨) في ا و ح : « طوَّب بالمال طالب هو » .

(٩) « بالخلاص » ليست في ب .

(١٠) « كفل » من ا و ح .

تبرع بقضاء دين غيره ، وإن كفل عنه^(١) بأمره ، وهو ممن يجوز إقراره على نفسه بالدين ويملك التبرع^(٢) : يرجع عليه - لأن الكفالة في حق المكفول عنه استقراض ، وهو^(٣) طلب القرض ، والكفيل^(٤) بالأداء مقرض للمكفول عنه ونائب عنه في الأداء إلى المكفول له ، وفي حق المكفول له تملك^(٥) ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل بما^(٦) أخذه من المال ، فيرجع عليه بما أقرضه^(٧) - حتى إن الصبي المحجور إذا أمر رجلاً بأن يكفل عنه ، فكفل ، وأدى : لا يرجع عليه ، لأن استقراض الصبي لا يتعلق به الضمان ، وأما العبد المحجور : < ف > لا يرجع عليه إلا بعد العتق ، لما قلنا .

ولو وهب صاحب الدين ، المال ، لأحدهما - جاز^(٨) ، وذلك بمنزلة أداء المال . وكذا لو مات الطالب ، فورثه أحدهما ، لأن بالهبة والميراث يملك ما في ذمته^(٩) : فإن كان الموهوب له أو الوارث هو^(١٠) الكفيل ، فقد^(١١)

(١) « عنه » ليست في أ و ح .

(٢) « وهو ممن ... التبرع » من أ و ب و ح .

(٣) « في حق المكفول عنه ... وهو » من ب .

(٤) في ب : « فالكفيل » .

(٥) في أ و ح : « يملك » .

(٦) الباء من أ و ب و ح . وفيها : « بما أخذه من المال » .

(٧) « بما أقرضه » ليست في ب .

(٨) في أ و ب : « صح » . وفي ح : « يصح » .

(٩) في أ و ب و ح : « يملك ما في ذمة ذلك » .

(١٠) « هو » من ب .

(١١) في ح : « وقد » .

مالك ما في ذمته ، فيرجع على الأصيل^(١) ، كما لو مالك ذلك^(٢) بالاداء .
وإن كان الموهوب له <أ> و الوارث هو^(٣) المكفول عنه ، يرى
الكفيل ، كأنه أدى .

ولو أبرأ المطالب الأصيل ، فقد برئ جميعا . وإن أبرأ الكفيل ، يرى^(٤) ،
دون الأصيل ، سواء كان ذلك^(٥) بأمر المكفول عنه أو لا .

ولو قال لأحدهما : « برئت إلى من المال » - فهو إقرار بالقبض ،
بالاتفاق ، لأن هذا اللفظ يستعمل في الاداء^(٦) .

ولو قال لأحدهما : « برئت من المال » - فهو إقرار بالقبض^(٧) عند
أبي يوسف ، كأنه قال : « برئت إلى من المال »^(٨) . وعند محمد بمنزلة
قوله^(٩) : « أبرأتك من المال » .

-
- (١) في ا و ح : « على صاحب الأصل » .
(٢) « ذلك » ليست في ا و ح .
(٣) « هو » من ب . وفي ا و ح كذا : « ولأن كان الموهوب له استوفى من الوارث وهو
المكفول عنه » .
(٤) في ا : « ولأن أبرأ الكفيل ببرأ » .
(٥) « ذلك » من ا و ب و ح .
(٦) « وأو قال .. في الاداء » من ا و ح . وصدر هذه العبارة في ب . انظر الهامش بعد التالي .
(٧) « بالقبض » ليست في ا و ح .
(٨) « فهو إقرار بالقبض بالاتفاق ... عند أبي يوسف كأنه قال : برئت إلى من المال »
ساقطة من ب . وفي ا : « فأما إذا قال لأحدهما : قد برئت من المال - فهو إقرار عند أبي
يوسف كأنه قال : برئت إلى من المال » . وفي ح : « فأما إذا قال لأحدهما : فقد برئت من
المال - فهو إقرار عند أبي يوسف كأنه برئت إلى من المال » . وانظر الهامش التالي . وراجع
الكاساني ٦٤ : ١١ : النظر الثاني من أسفل - ١٢ .
(٩) « بمنزلة قوله » ليست في ح . وفي ا : « وعند محمد كأنه قال : أبرأتك من المال » .
راجع الهامش السابق .

ثم الكفيل يرجع بما ضمن ، لا بما أدى ، لأنه ملك ما في ذمة الأصيل ، حتى إنه إذا كان عليه دراهم صحاح جيدة ، فأدى زيوفاً ، وتجاوز به صاحب الدين ، فإنه يرجع بالحياد^(١) .

وكذا لو أدى عنها من المكيل والموزون أو العروض : فإنه يرجع بالدراهم - بخلاف الوكيل بقضاء الدين : فإنه يرجع بما أدى ، لا بما على الغريم ، و^(٢) بخلاف الصلح إذا صالح من الألف على خمسمائة : فإنه يرجع بخمسمائة لا بالألف ، لأنه إسقاط البعض .

ولو كفّل رجل ، بمال ، إلى القطاف أو إلى الحصاد أو إلى^(٣) الدياس أو إلى^(٤) النيزوز أو إلى المهرجان^(٥) ، ونحوها من الآجال المجهولة : يصح ، عندنا ، خلافاً للشافعي - بخلاف البيع إلى هذه الآجال : < ف > لا يجوز ، بالاجماع^(٦) .

ولو كان عليه ثمن بيع^(٧) ، أو دين حال ، فأجله إلى هذه الآجال : يصح أيضاً - بمنزلة الكفالة .

ولا خلاف في جواز الكفالة إلى أجل معلوم من الشهر والسنة ونحوها .

(١) في ا و ح : « يرجع عليه بالحياد » .

(٢) « بالدراهم بخلاف الوكيل ... على الغريم و » ايست في ا و ح .

(٣) و (٤) « إلى » من ب .

(٥) في الاصل و ت : « المهرجان جاز » .

(٦) راجع ص ٦٤ من الجزء الثاني .

(٧) « بيع » ليست في ا و ب و ح .

أما إذا كفّل إلى أجل مجهول لا يشبه آجال الناس ، مثل مجيء المطر وهبوب الريح - فالأجل باطل ، والكفالة جائزة ، لأن الكفالة وردت منجزة ، لكن الأجل باطل^(١) ، فلم يصح التأجيل ، فتبقى الكفالة حالة^(٢) .

أما إذا علق الكفالة بشرط : < ف > فإن كان ذلك سببا لوجوب الحق ، أو وسيلة إلى الأداء في الجملة^(٣) ، مثل أن يقول : « إذا قدم زيد أو استحق المبيع » - فالكفالة جائزة ، لأنه^(٤) سبب للوصول إلى الأداء ، لأن زيدا ربما يكون مضاربا^(٥) .

فأما إذا قال : « إذا جاء المطر ، أو هبت الريح ، أو دخل زيد دارنا »^(٦) ، فأنا كفيل عندك^(٧) بكذا » - فإنه لا يجوز ، لأن الأموال لا يجوز أن يتعلق وجوبها بالشروط .

ولو كان على رجل دين مؤجل^(٨) ، فكفّل به رجل^(٩) ، مطلقا -

(١) في ب : « لأن الكفالة وجدت منجزة لكن إلى أجل باطل فلا يصح التأجيل ... » . وفي ا و ح : لا توجد عبارة : « والكفالة جائزة لأن الكفالة ... باطل » .

(٢) « تبقى الكفالة حالة » من ب . وفي ا : « وتبقى الكفالة حالة » . وفي الاصل : « وتبقى الكفالة » . وفي ح كذا : « ويبقى الكفالة على حاله » .

(٣) « أو وسيلة ... في الجملة » من ب .
(٤) في ا : « إذا قدم فلان استحق المبيع جازت الكفالة لأنه » .

(٥) « لأن زيدا ... مضاربا » من ب .
(٦) في ا و ب و ح : « الدار » . وفي ا : « أو دخل فلان الدار » .

(٧) في ا و ب و ح : « عنك » .
(٨) في ب : « ديننا مؤجلا » .

(٩) « رجل » ليست في ا و ح .

فإنه يكون مؤجلا ، لأنه التزم مثل ما على الأصيل ، فإن تسمى الكفيل^(١) أجلا زائدا عليه ، أو ناقصا ، أو مثله - يلزمه كذلك^(٢) ، لأنه متبرع ، فيلزمه على حسب ما تبرع به^(٣) .

ولو كان المال حالا ، فكفل إنسان مؤجلا ، بأمر المكفول له : فإنه^(٤) يجوز ، فيكون^(٥) تأجيلا في حقهما ، في ظاهر الرواية . وفي رواية ابن سماعة عن محمد أنه حال على الأصيل ، مؤجل في حق الكفيل^(٦) .

. . .

ولو كفل عن رجل لرجل والمكفول له غائب ، فبلغه الخبر ، فأجاز^(٧) : لا يصح ، ولا تتوقف الكفالة على قبوله - وهذا عند أبي حنيفة ومحمد : وقال أبو يوسف : يجوز - وهذا بناء على أن شرط العقد يتوقف في الكاح عند أبي يوسف ، خلافا لهما : فهذا كذلك^(٨) - إلا أنهما استحسنا في المريض إذا قال عند موته لورثته : « اضمنوا ما على من الدين لغرمائي » ، وهم غيب^(٩) ، ففعلوا - فهو جائز ، ويلزمهم ، نظرا للغرماء .

. . .

(١) « الكفيل » ليست في ا و ح .

(٢) « كذلك » ليست في ا و ب و ح .

(٣) « به » ليست في ا .

(٤) في ب : « فكفل إنسانا مؤجلا بأمر المكفول فإنه » .

(٥) في ا و ب و ح : « ويكون » .

(٦) في ح : « في حق الأصيل » .

(٧) زاد هنا في ب : « له » .

(٨) « فهذا كذلك » من ا و ب و ح .

(٩) : « وهم غيب » من ب .

ولو كفل رجلا^(١) رجلا ، بألف درهم^(٢) ، بأمره ، ولم يكفل كل واحد^(٣) عن صاحبه - فإن على كل واحد منهما^(٤) خمسمائة ، لاستوائهما في الكفالة . ولو أدى أحدهما : لا يرجع على صاحبه ، لأنه يؤدي عن نفسه ، لا عن صاحبه ، لكن يرجع على الأصيل بها أدى .

ولو لقي المكفول له الكفيلين بعد ذلك ، فكفل أحدهما عن صاحبه - صح ، لأن الكفالة عن الكفيل صحيحة ، ثم ما أدى فاقول قوله : أنه أدى من < كفالة > الكفيل الآخر^(٥) أو من كفالة^(٦) نفسه^(٧) لأنه لزمه المال من وجهين . ولو لقي المكفول له الكفيل الآخر ، الذي لم يكفل ، فطالب منه أن يكفل عن صاحبه ، وكفل^(٨) - صح ، والجواب فيه وفيما^(٩) إذا كان في الابتداء كفل كل واحد من الكفيلين^(١٠) عن صاحبه - سواء ، وهو أن كل ما يؤدي^(١١) كل واحد منهما إلى المكفول له ، فذلك عن نفسه إلى خمسمائة . ولو قال :

(١) « رجلا » من ا و ب و ح . وفيها : « رجلا عن رجل » .

(٢) « بألف درهم » ليست في ب .

(٣) زاد هنا في ا و ح : « منهما » .

(٤) زاد هنا في ا و ح : « عن صاحبه » .

(٥) « الآخر » ليست في ا و ب و ح .

(٦) « كفالة » من ا و ب و ح .

(٧) « نفسه » ساقطة من ا و ح .

(٨) في ا و ب و ح : « فكفل » .

(٩) في ب : « والجواب فيه كالجواب فيما » . وفي ا و ح : « والجواب فيه والجواب فيما » .

(١٠) في ب تكرار هنا .

(١١) في ح : « وهذا ما يؤدي » . وفي ا : « وهو أن ما يؤدي » . وفي ب : « وهو ما يؤدي » .

« أؤدى عن شريكى ، لا عن نفسى » - لا يقبل ، ويكون^(١) عن نفسه . فأما إذا زاد على خمسمائة ، فيرجع بالزيادة على شريكه^(٢) إن شاء ، وإن شاء على المكفول عنه .

وعلى هذا - إذا اشترى رجلان من رجل عبدا بألف درهم ، على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ، ثمن حصته^(٣) . وكذا الجواب فى المفاوضين^(٤) بعد فسخ الشراكة إذا كان عليهما دين : لصاحبه أن يطالب به كل واحد منهما ، وإذا أدى أحدهما النصف لا يرجع^(٥) ، فإذا أدى زيادة^(٦) على النصف ، له أن يرجع على صاحبه ، لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه^(٧) .

. . .

وأما الكفالة بالوعيان :

فهى أنواع ثلاثة :

أحدها - كفالة^(٨) بعين هى أمانة غير واجبة^(٩) التسليم ، كالوديعة ،

(١) فى ح : « ولا يكون » . انظر الهامش التالى

(٢) « لا عن نفسى ... على شريكه » ليست فى ب .

(٣) فى ب : « منهما كفيل عن حصته ثمن صاحبه » . وفى ا و ح : « منهما عن حصته ثمن صاحبه » .

(٤) فى ا و ب و ح : « فى المفاوضين » .

(٥) فى ا و ح : « لا يرجع على صاحبه » .

(٦) فى ا و ح : « وإذا أدى الزيادة » .

(٧) « لأن كل ... صاحبه » من ب .

(٨) فى ا و ب و ح : « الكفالة » .

(٩) فى الأصل وغيره : « بعين هو أمانة غير واجب » وكذا فيما بعد ذكر العين فأنشأها .

انظر الهامش بعد التالى .

وكمال^(١) المضاربة ، والشركة : وهى لا تصح أصلا .

والثانى - الكفالة بعين هى أمانة ، ولكنها واجبة التسليم^(٢) ، كالعارية ، والمستأجر فى يد المستأجر ؛ وكذا العين المضمونة بغيرها ، كالبيع قبل القبض : مضمون بالثمن ، وكالرهن : مضمون بالدين - والجواب فى الشكل واحد ، وهو أنه تصح الكفالة بتسليم العين ، فتى هلكت العين ، لا يجب على الكفيل قيمة العين .

والثالث - العين المضمونة بقيمتها^(٣) - كالغصوب ، والمبيع بيعا فاسدا ، والمقبوض على سوم الشراء : تصح الكفالة بها ، ويجب عليه تسليم العين ما دامت باقية ، وإذا هلكت : يجب عليه تسليم قيمتها^(٤) ، متى ثبت الغصب بالينة أو الإقرار^(٥) .

. . .

ثم الكفالة بالنفس بعد الدعوى من قبيل القسم الثانى : فإنه مضمون بالتسليم ، وإنه يجب^(٦) عليه تسليم النفس ، والحضور^(٧) إلى باب القاضى ،

(١) فى ا و ب : « ومال » - انظر الهامش التالى .

(٢) « كالوديعة وكال المضاربة ... واجبة التسليم » ليست فى ح . وفى الاصل و ا و ب : « بعين هو أمانة لكن واجب التسليم » راجع الهامش قبل السابق .

(٣) فى الاصل : « العين المضمون بقيمتها » . وفى ب : « الدين المضمون بنفسه » . وفى

ا و ح : « الدين المضمون بالقيمة » .

(٤) فى الاصل : « ما دام باقيا وإذا هلك يجب عليه تسليم قيمته » . وفى ا و ح : « ما دام العين قائما ... (كما فى الاصل) » . وفى ب : « ما دام قائما ... (كما فى الاصل) » .

(٥) فى ب : « أو بالإقرار » . وفى ح : « بالينة والإقرار » .

(٦) فى ب : « فإنه يجب » . وفى ح : « فيجب » .

(٧) فى ب : « والإحضار » .

حتى يقيم الخصم البيئته، فتصح^(١) الكفالة به عندنا، خلافا للشافعى، ولكن لو هلك الكفيل، لا شيء عليه^(٢) من المال المدعى به، حتى لا يؤخذ من تركته - والمسألة معروفة.

وكذا لو كفّل بنفس من عليه التعزير^(٣).

أما لو كفّل بنفس من عليه حد القذف أو حد السرقة أو القصاص^(٤) - هل يجوز؟ ذكر أبو الحسن أن الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في^(٥) قولهم إذا بذلها المطلوب بنفسه، ولكن هل للقاضي أن يأمره بالكفيل^(٦) إذا طلب الخصم؟ قال أبو حنيفة: لا يأخذ القاضي منه كفيلًا، ولكن يحبسّه حتى تقام عليه البيئته أو يستوفى^(٧).

ثم الكفيل بالنفس يؤخذ بإحضار المكفول عنه، ما دام إحضاره ممكنا مقدورا. فإن صار بحال لا يقدر على إحضاره بوجه من الوجوه، بأن مات: بطلت الكفالة، ولا شيء على الكفيل^(٨)، فأما إذا كان يرجى

(١) في أ: « تصبّح ». وفي ب: « فصّح ». وفي ح: « يصح ».

(٢) في ح: « فيه ».

(٣) « بنفس ... التعزير » من ت وفي الأصل: « .. كفّل بالتعزير ». وفي أ و ح:

« كفّل من عليه التعزير ».

(٤) « بنفس ... القصاص » من أ. وكذا في ب و ح إلا أن فيها: « بالقصاص ».

وفي الأصل: « ... كفّل بحد القذف أو بحد السرقة أو بالقصاص ».

(٥) في ب: « وفي ».

(٦) في أ و ب و ح: « بالكفيل ».

(٧) « أو يستوفى » من أ و ب و ح.

(٨) « على الكفيل » ليست في أ و ح.

حضور المكفول عنه ، بأن غاب : فإنه يتأخر المطالبة بالائـ حضار عن الكفيل ،
للحال ، ويؤجل إلى مدة يمكنه ^(١) الاـ حضار في تلك المدة ، فإن لم يحضره ^(٢)
وظهرت مماطلته ، فإنه يحبس الكفيل ، فإذا ظهر للقاضي أنه لا يقدر
على الاـ حضار ^(٣) ، بدلالة الحال ، أو شهد الشهود بذلك - فإنه يخرج
من الحبس ، وينظر إلى وقت القدرة ، كما في الاـ عسار في حق الدين ؛
وإذا أخرجـه القاضي ، فإن الغرماء يلزمونـه ، ولا يحول القاضي ^(٤) بينـه
وبين الغرماء ، ولكن ليس للغرماء أن يتمتعوه من اشتغاله ، كما في
الاـ فلاس سواء .

. . .

هذا إذا كفـل بالنفس مطلقا .

فأما إذا ادعى عليه ألف درهم فكفـل بنفسه ^(٥) « على أن يوافيه
به ^(٦) غدا ، فإن لم يوافه به غدا ^(٧) فعليه المال الذي ادعى ^(٨) » : < فـ > إن
أقر المطلوب بالـ ألف ، أو ثبت بالبينة ، وقضى القاضي ، وكفـل على هذا

(١) في ا و ح : « يمكن » .

(٢) في ا و ب و ح : « وإن لم يحضر » .

(٣) في ب : « للقاضي تمذر عليه الإحضار » .

(٤) « القاضي » من ا و ب و ح .

(٥) في ب : « فكفـل به » .

(٦) « به » من ا و ب و ح وفيها : « على أن يواف به » .

(٧) « به غدا » من ا و ب و ح .

(٨) في ح : « إذا ادعى » . وفي ب : « الذي ادعاء » .

الوجه : صحت ^(١) الكفالة بالنفس ، وتصح الكفالة بالمال معلقاً بشرط ^(٢) ترك الموافقة غداً ، والكفالة بالشرط صحيحة ^(٣) - فإذا لم يوافق به غداً : يؤخذ منه المال بسبب الكفالة بالمال ، وبقيت ^(٤) الكفالة بالنفس ، لأن من حجته أن يقول : « لى ^(٥) عليه مال آخر » .

ولو قال : « كفلت بنفسه على أنى إن لم أوافق به ^(٦) غداً ^(٧) فعلى الألف » ، ولم يقل « الألف الذى ادعيت » : < فـ > على قول محمد : لا تصح الكفالة ، وعلى قولهما : تصح ، كأنه قال « فعلى الألف الذى ^(٨) تدعى » ، لأنها هي المعهودة .

فأما إذا أنكر المطلوب المال ، ثم كفل بنفسه « على أن يوافق به ^(٩) غداً وإن ^(١٠) لم يوافق به ^(١١) فعليه المال » - فلم يوافق به : لا يلزمه المال ^(١٢) ،

(١) فى ب : « فكفل على هذا الوجه تصح » . وفى ح : « فكفل على هذا صح » . وفى ا : « فكفل على هذا صحت » .

(٢) فى ح : « مطلقاً بشرط » .

(٣) « والكفالة ... صحيحة » من ا و ب و ح . إلا أن فى ا و ح : « صحيح » .

(٤) فى ا و ح : « وثبت » .

(٥) « لى » ليست فى ح .

(٦) فى ا : « على أنه إن لم يوافق » . وفى ح : « على أنى إن لم يوافق » .

(٧) « غداً » ليست فى ب .

(٨) فى ا و ب : « التى » . وفى المصباح أن الألف مذكر لا يجوز تأنيته . وفى هذا

الموضع فى ب تكرار .

(٩) « به » من ا و ب و ح . وفيها : « على أن يوافق به » .

(١٠) فى ا و ب و ح : « فإن » .

(١١) « به » من ا و ح .

(١٢) « المال » من ب و ح . فلم يوافق به لا يلزمه المال « ليست فى ا و ح . وفى ا :

« فعليه المال لا يصح لأن وجوب المال » .

لأن وجوب المال لا يتعلق بالخطر ، أما الكفالة بالمال الثابت < ف > يتعلق بالخطر .

ولو كفّل بالنفس والمال^(١) ، وسماه ، ثم قال : « إن وافيتك به غداً فأنا برىء منه » ، فوافاه به من الغد : يبرأ من المال^(٢) في إحدى الروايتين ، وفي رواية : لا يبرأ ، لأن هذا تعليق البراءة بالشرط ، وفي البراءة معنى التمليك ، فلا يصح تعليقه بالشرط .

ولو كفّل بالنفس « على أن يوافي به عند القاضي ، غداً » . فسلمه إليه^(٣) في السوق : فإنه يبرأ . والأصل أنه إذا سلمه^(٤) في مكان يقدر على أن يحضره فيه إلى القاضي فهو كتسليمه^(٥) في مجلس القاضي . وكذا إذا سلمه في أطراف هذا^(٦) المصر . ولو سلمه في قرية هذا المصر التي ليس^(٧) فيها قاض : لا يبرأ .

ولو كفّل « على أن يدفع في مصر معين » ، فدفع^(٨) في مصر آخر : يبرأ عند أبي حنيفة ، وفي كل موضع فيه قاض ، وعندهما : لا يبرأ ما لم يسلم^(٩) في ذلك المصر بعينه^(١٠) .

(١) في ب : « وبالمال » .

(٢) « من المال » ليست في ا و ح . وفي ب : « فوافاه من الغد برىء من المال » .

(٣) في ا و ح : « فلم الكفيل المكفول عنه إليه » .

(٤) في ا و ب و ح : « متى سلمه » .

(٥) في ب كذا : « لتسلمه » .

(٦) « هذا » ليست في ب .

(٧) « ليس » ليست في ا و ح .

(٨) « معين فدفع » ساقطة في ب .

(٩) في ا و ح : « ما لم يسلمه » . (١٠) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالردوب » .

كتاب الحِـوَالَةِ

الحِوَالَةُ^(١) مشروعة ، لقوله عليه السلام : « من أحيل على مليء ، فليتبمه^(٢) » .

. . .

ثم الحِوَالَةُ مبرئة عندنا - حتى يبرأ المحيل ، من الدين الذي عليه ، بالحِوَالَةِ إلى المحتال عليه^(٣) . وللمحتال له أن يطالب المحتال عليه^(٤) لا غير . وقال زفر : لا يبرأ ، وله أن يطالبهما ، كما في الكفالة^(٥) .

. . .

وكذا الكفالة ، بشرط براءة الأصيل : حِوَالَةُ أيضا ، عندنا - لا غيرها حِوَالَةُ معنى .

. . .

ثم ليس للمحتال له أن يرجع على المحيل إلا إذا توى ما على المحتال عليه - وذلك بطريقتين عند أبي حنيفة : بأن يموت المحتال عليه مفلسا ، أو يجحد المحتال عليه الحِوَالَةَ ويحلف . وعندهما : بهذين الطريقتين ، وبطريق ثالث ،

(١) في ا و ح : « قال رحمه الله : الحِوَالَةُ ... » .

(٢) في ا و ب و ح : « فليتبم » .

(٣) في ب : « لل المحتال عليه » . انظر الهامش التالى .

(٤) في ب و ح : « المحتال عليه » . راجع الهامش السابق .

(٥) راجع فيما تقدم من ٤٠٠ وما بعدها .

وهو أن يقضي القاضي بإفلاسه^(١) في حال الحياة ، لأن القضاء بالإفلاس صحيح عندهما في حالة الحياة ، وعند أبي حنيفة : لا يصح .
وعلى قول الشافعي : لا يعود الدين إلى المحيل^(٢) أبداً - والمسألة معروفة .

• • •

ثم الحوالة نوعان : مطلقة ومقيدة

أما المطلقة - < ف > أن يحيل صاحب الدين على رجل ، له مال عليه أو لم يكن ، وقبل ذلك الرجل .

< ف > إن لم يكن عليه مال : يجب عليه أن يؤدي .

وإن كان عليه مال ، ولم يقيد الحوالة به ، بأن^(٣) لم يقل : « أحيله عليك بمالي عليك » أو « على أن تعطيه مما عليك » - وقبل المحتال عليه^(٤) : فعليه أداء الألفين : ألف إلى المحيل ، وألف إلى المحتال له ، والمحيل^(٥) أن يطالبه بذلك الألف ، لأنه لم يتقيد^(٦) الحوالة به^(٧) ، كما إذا كان عند رجل ألف درهم وديعة ، فأحال غريمه عليه بألف درهم ، ولم يقيده^(٨) بالألف الوديعة ، فقبله : له أن يأخذ الوديعة ، وعلى المحتال عليه أداء الألف بالحوالة .

(١) في ا و ح : « بتفليسه » .

(٢) في ا و ح : « إلى ذمة المحيل » .

(٣) في ب : « فإن » .

(٤) في ا و ح : « المحتال » . وفي ب : « المحال عليه » .

(٥) في ا : « الألفين إلى والألف المحتال له والمحيل » .

(٦) في ب : « لم يقيد » .

(٧) « به » من ا و ح . والمقصود : « بالدين » . راجع الكاساني ، ١ : ١٧٠ - ٢ .

(٨) الماء من ب . وفي ا و ح : « ولم يقبل بالألف » .

فأما إذا قيد الأداء بالمال^(١) الذى عليه : < ف > ليس للمحيل أن يطالبه بالأداء إليه ، لأنه تعلق به^(٢) حق المحتال له ، فإذا أدى : تقع المقاصة بينهما .

ثم فى الحوالة المطلقة^(٣) - إذا لم يكن على المحتال عليه دين ، فأدى^(٤) إلى المحتال له ، أو وهب له ، المحتال له^(٥) ، أو تصدق عليه ، أو ورث من المحتال له ، أو أدى المحتال عليه دنائير أو عروضاً^(٦) بدل الدراهم : فإنه يرجع على المحيل بالمال ، بمنزلة الكفيل ، على ما مر . وإن أبرأه عن الدين ، وقبل منه ، ولم يرد الإبراء - فإنه يبرأ ، ولا يرجع على المحيل بشئ ، كما فى^(٧) الكفالة .

هذا إذا كانت الحوالة بأمر المحيل ، فإين كانت بغير أموره ، فأدى^(٨) المحتال عليه : فإنه لا يرجع ، وإن كان عليه دين : فهو بحاله^(٩) .

(١) فى ا : « فأما إذ أدى المال الذى ... » . وكذا فى ح : « ما عدا » إذا » والصحيح ما فى المتن : « وفى ب كذا : « فأما إذا اقتدا الاداء بالمال » .

(٢) « به » ليست فى ح .

(٣) فى ب تكرار هنا .

(٤) فى ا و ح : « فأ أدى » .

(٥) فى ا و ب : « المحتال » .

(٦) « دنائير أو عروضاً » من ا و ب و ح . وفى الاصل : « ديناراً وعوضاً » .

(٧) « الدين وقبل منه » . كما فى « ساقطة من ا و ح . ففيها : « على ما مر وإن أبرأه عن الكفالة » .

(٨) فى ب : « فإن كان بغيره فأدى » .

(٩) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب

الصلح

الصلح^(١) مشروع بالكتاب ، والسنة ، والإجماع .

أما الكتاب - فقولہ تعالیٰ : « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يتصالحا بينهما صلحاً ، والصلح خير »^(٢) .

وأما السنة - فما^(٣) روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً »^(٤) .

وعليه الإجماع .

.

(١) في ا و ح : « قال رحمه الله : الصلح » . وفي ت : « قال الشيخ الإمام رحمه الله : مشروع » . و « الصلح » ليست في ب .

(٢) سورة النساء : ١٢٨ - وهكذا ورد في ا و ب . أما في الأصل فقد اكتفى بقوله تعالى : « والصلح خير » . وأما في ح فقد ورد : « وإن امرأة ... صلحا » ولم يرد فيها : « والصلح خير » . وانظر الهامش بعد التالي .

(٣) الفاء من ب .

(٤) في ب : « ... جائز إلا صلح حل حراماً ... » . وفي ا : « وأما السنة > فقد > قوله صلى الله عليه وسلم : كل صلح جائز بين المسلمين إلا ما أحل حراماً أو حرم حلالاً » . وأما في ح فعبارة « وأما السنة ... أنه قال » حاوطة منها ففيها : « والصلح بين المسلمين جائز إلا أحل حراماً أو حرم حلالاً » . فساوطة من ح : « الصلح خير وأما السنة فما روى عن النبي عليه السلام أنه قال » . راجع الهامش قبل السابق .

ثم الصلح أنواع^(١) ثلاثة :

أحدها - الصلح عن إقرار المدعى عليه : وهو جائز ، بالإجماع .
والثاني - الصلح عن^(٢) إنكاره^(٣) : وهو جائز ، عندنا . وقال ابن أبي
ليلى : لا يجوز ، وهو قول الشافعى .

والثالث - الصلح عن سكوت المدعى عليه : وهو جائز أيضاً ،
عندنا ، وهو قول ابن أبي ليلى . وقال الشافعى : لا يجوز - والمسألة معروفة .
.

ثم لا يخلو : إما إن كان الصلح بين المدعى و^(٤) المدعى عليه ، أو
بين المدعى و^(٥) الأجنبي^(٦) .

أما الأول

فلا يخلو : إما أن تكون^(٧) الدعوى في العين القائمة^(٨) أو في الدين ،
ولا يخلو : إما إن كان الصلح عن إنكار أو عن إقرار .
أما إذا كانت^(٩) الدعوى في الأعيان القائمة ، والصلح عن إقرار :

(١) في أ و ح : « في الأصل أنواع » .

(٢) في ح : « على » .

(٣) كذا في أ و ح . وفي الأصل و ب : « إنكار » .

(٤) و (٥) زاد هنا في ب : « بين » فبيها : « بين المدعى عليه أو بين المدعى وبين الأجنبي » .

(٦) في أ : « الأجنبي المتوسط » .

(٧) « الصلح بين المدعى ... إما أن تكون » ليست في ح . وفي ب : « إما إن وقع » .

(٨) في الأصل و أ و ب و ح : « في الدين القائمة » .

(٩) في الأصل و أ و ب و ح : « كان » . راجع الهامش السابق .

فإن هذا الصلح في معنى البيع، من الجانبين، فما يجوز في البيع يجوز في الصلح، وما لا فلا . فإن كان المدعى به عروضاً أو عقاراً أو حيواناً من العبيد والدواب : يجوز الصلح إذا كان بدل الصلح عيناً قائماً معيناً مملوكاً له^(١)، سواء كان كيلياً أو وزنياً أو غير ذلك من الحيوان والعروض . أما إذا كان ديناً - <ف> إن كان شيئاً من المكيل والموزون معلوم القدر^(٢) والصفة : يجوز^(٣)، كما في البيع، لأن هذه الأشياء تصلح ثمناً^(٤) : عينا كان أو ديناً .

وإن كان البديل ثاباً موصوفه في الذمة : لا يجوز ، ما لم يوجد فيه جميع شرائط السلم ، بخلاف الكيل والوزن^(٥) : فإنه يثبت ديناً في الذمة مطلقاً في المعاوضة المطلقة ، فيصلح ثمناً من غير أجل . وإن كان البديل حيواناً موصوفاً في الذمة^(٦) : لا يجوز ، لأنه لا^(٧) يصير ديناً في مقابلة مال بمال ، فلا يصلح ثمناً^(٨) .

(١) « له » ليست في ب .

(٢) في ا و ب و ح : « من الحيوان والعروض أو كان ديناً من الكيل والوزن معلوم القدر . »

(٣) « يجوز » ليست في ا و ب و ح . راجع الهامش السابق .

(٤) « ثمناً » ساقطة من ح .

(٥) « والوزن » من ا و ب و ح .

(٦) في ا و ح : « موصوفاً في الذمة مطلقاً في المعاوضة (في ح كذا : في المعاوضة) » .

(٧) « لا » من ا و ب . وفي الكاساني (٦ : ٤٣ : ٢) : « إلا الحيوان لأنه

يثبت ديناً في الذمة بدلاً عما هو مال أصلاً » - ولعل الصواب : « لا يثبت » .

(٨) في ب : « ولا يصلح ثمناً » . وقد زاد في الأصل هنا : « وإن كان في الذمة لا يجوز ،

لأنه يصير ديناً في مقابلة مال بمال ، فلا يصلح ثمناً » ، وظاهر أنه تكرار لما سبق .

وإن كان الصلح عن إنظار :

فكذلك الجواب في جانب المدعى .

فأما في جانب المدعى عليه : فهو إسقاط ، وبدل عما ليس بمال .

. . .

وعلى هذا - يثبت حق الشفعة ، في الجانبين ، في الصلح عن إقرار ، حتى إن
البدل إذا كان داراً والمدعى به داراً : يثبت للشفيع الشفعة في الدارين ^(١)
وفي الصلح ^(٢) عن إنكار ، والمسألة بمحالتها : يثبت للشفيع الشفعة في
الدار التي هي بدل الصلح ^(٣) ، دون الدار التي هي مدعى بها ، لما قلنا .
وكذا حق الرد بالعيب ، وحكم الاستحقاق : على هذا - في الصلح
عن إقرار : يثبت ^(٤) من الجانبين ، وفي الصلح عن إنكار : يثبت ^(٥) في
جانب المدعى لا غير .

. . .

أما إذا كان المدعى به ذهباً أو ^(٦) فضة :

فإن كان البدل غير الذهب والفضة : فإنه يجوز الصلح ، كيفما كان .
وإن كان ^(٧) البدل ذهباً أو ^(٨) فضة :

(١) « حتى إن ... في الدارين » من ا و ب و ح .

(٢) في ا و ب و ح : « ولأن كان الصلح » .

(٣) في ب : « الشفعة في بدل الصلح » - فليس فيها : « الدار التي هي » .

(٤) و (٥) كذا في ا و ب و ح : « بثبت » . وفي الاصل : « ثبت » .

(٦) الهزمة من ح . انظر الهامش بعد التالي .

(٧) « ولأن كان » ليست في ا و ح .

(٨) الهزمة من ب و ح . راجع الهامش قبل السابق .

فإن كان الصلح عن إقرار ، والبذل من جنس المدعى به : < ف > لا يصح^(١) ، إلا سواء بسواء ، ويشترط التقابض .
وإن كان بخلاف جنسه ، كالذهب مع الفضة : يجوز مع التفاضل ، ولكن يشترط القبض في المجلس ، لأن هذا صرف ، فيشترط فيه شرائط الصرف^(٢) .

وكذلك الجواب في الصلح ، عن إنكار ، في حق المدعى .

هذا كله^(٣) إذا كان المدعى به عينا - فأما إذا كان دينا :

فإن كان دراهم أو دنانير^(٤) . وبذل الصلح عين مال معلوم من غير^(٥) الكيل والوزن^(٦) : فإنه يجوز ، ويكون ذلك بمنزلة بيع العين بالدين إن كان عن إقرار . وإن كان عن إنكار : ففي^(٧) حق المدعى كذلك ، إلا أنه إذا كان البذل من الذهب والفضة التي تتعين ، كالتمر والأواني منها : يكون صرفا . فيشترط التساوى والتقابض في الجنس ، والتقابض ، في خلاف الجنس ، دون التساوى^(٨) .

(١) في ح : « لا يصلح » .

(٢) راجع فيما تقدم ص ٣٩ وما بعدها .

(٣) « كله » من ا و ب و ح .

(٤) في ب : « بأن كان دراهم ودنانير » .

(٥) « عين مال ... غير » من ا و ح . وفي الأصل تشويش فقيه : « وبذل الصلح غير مال معلوم من العين الكيل .. الخ » . انظر الهامش التالي .

(٦) « من غير الكيل والوزن » ليست في ب . راجع الهامش السابق .

(٧) « ففي » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « ففي » .

(٨) « إلا أنه ... التساوى » من ا و ب و ح .

وإن كان البدل من الدراهم والدنانير - < ف > إن كان من جنسه ،
كما إذا كان عليه ألف درهم جيدة ، فصالح من ذلك على ألف درهم جيدة
أو رديئة : جاز ، و ^(١) يكون هذا استيفاء عين ^(٢) حقه وإبراء عن صفته ^(٣) .
وإن صالح على خمسمائة جيدة أو رديئة : جاز ، و ^(٤) يكون استيفاء
للبيع وإبراء عن البعض ^(٥) .

وإن صالح على ألف درهم ^(٦) : لا يجوز ، لأنه لا يمكن أن يجعل ^(٧)
استيفاء ، فيجعل صرفاً ، والتساوى شرط لصحة الصرف عند اتحاد الجنس .
وأصل هذا أن الصالح متى وقع على جنس ما هو المستحق بعقد المدانة ،
يجعل استيفاء ، وإن لم يمكن أن يجعل استيفاء ، يكون صرفاً ، فيشترط
فيه شرائط الصرف ^(٨) .

وعلى هذا - إذا صالح من ألف درهم رديء ^(٩) ، على خمسمائة جيدة :
لا يجوز ، لأن مستحق الرديء لا يستحق الجيد ، فلا يمكن أن يجعل
استيفاء ، فيكون صرفاً ، ويبيع ألف درهم رديء ^(١٠) بخمسمائة جيدة :
لا يجوز ، لأنه ربما ^(١١) .

(١) « جاز و » من ب .

(٢) « عين » من ب . وفي الأصل : « غير » . وفي ا و ح : « عن » .

(٣) « وإبراء عن صفته » من ا و ح . وفي ب : « وإبراء عن الصفة »

(٤) « جاز و » من ب .

(٥) في ب كذا : « وإبراء البعض » .

(٦) في ب : « ودرهم » .

(٧) « أن يجعل » ليست في ا ففيها : « لا يمكن استيفاء » .

(٨) راجع فيما تقدم ص ٣٣ وما بعدها .

(٩) و (١٠) في ب : « رديئة » .

(١١) راجع فيما تقدم ص ٣٩ وما بعدها .

ولو صالح من ألف سود ، على ألف بيض ، وسلمها في المجلس : جاز ،
لأنه ليس باستيفاء ، وهو صرف ^(١) ، فإذا وجد التقابض وهما في مجلس
واحد ^(٢) : جاز ^(٣) ، لأن الجودة لا قيمة لها ^(٤) ، عند مقابلتها بجنسها .
وإن افرقا : بطل .

ولو صالح عن ألف ^(٥) بيض ، على خمسمائة سود : جاز ، ويكون
هذا ^(٦) خطأ عن القدر والصفة ، و ^(٧) استيفاء لبعض الأصل .

ولو صالح من الدين الحال على المؤجل ، وهما في القدر سواء : جاز ،
ويكون هذا تأجيلا للدين . ولو كان على العكس : يجوز أيضاً ^(٨) ،
ويكون استيفاء ، ويصير الآخر تاركاً حقه ، وهو الأجل .

ولو كان الدين مؤجلاً ، وصالح على بعضه معجلاً : لا يجوز ، لأن
صاحب الدين المؤجل لا يستحق المعجل ، فلا يمكن أن يجعل استيفاء ،
فصار عوضاً ، ويبيع خمسمائة بألف لا يجوز .

ولو كان البدل بخلاف جنسه ، بأن صالح من الدراهم على الدنانير :

(١) في ب : « لأنه صرف وليس باستيفاء » .

(٢) في ا و ب و ح : « وهما من جنس واحد » .

(٣) « جاز » ليست في ب .

(٤) « لما » ليست في ح .

(٥) « ألف » ساقطة من ح .

(٦) « هذا » ليست في ا و ب و ح .

(٧) « و » ليست في ا و ح .

(٨) « أبضا » ليست في ا و ب و ح .

< ف > إن^(١) وجد التقابض :يجوز ، وإلا فلا ، لأنه لا يمكن أن يجعل استيفاء ، لاختلاف الجنس ، فيصير صرفا ، فيشترط^(٢) شرائط الصرف . وكذا في سائر الوزنيات إذا كانت موصوفة في الذمة ، لأنه افترق عن دين بدين^(٣) .

وعلى هذا إذا كان الدين^(٤) كيليا ، فصالح على جنسه ، أو على خلاف جنسه ، على الفصول التي ذكرنا من غير تفاوت .

وأما إذا كان بدل الصلح المنافع - بأن كان على رجل عشرة دراهم ، فصالح من ذلك على منفعة الدار سنة أو ركوب الدابة^(٥) سنة^(٦) ونحو ذلك : فإنه يجوز ، ويكون إجارة إن كان الصلح عن إقرار من الجانبين . وإن كان عن إنكار من جانب المدعى : فكل حكم عرف في الإجارة ، فهو الحكم ههنا : في^(٧) موت العاقدين ، وهلاك المستأجر ، والاستحقاق من غير تفاوت^(٨) ، وقد ذكرنا في الإجارة - إلا أن في الصلح عن إقرار يرجع إلى المدعى به ، وفي الصلح عن إنكار يرجع إلى أصل الدعوى .

(١) في ب : « وإن » . وفي ا : « من الدراهم والدنانير : إن » .

(٢) زاد في ا و ب و ح ههنا : « فيه » .

(٣) « وكذا في سائر ... دين بدين » من ا و ب و ح .

(٤) « الدين » من ا و ح .

(٥) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل كذا : « الدار » .

(٦) « سنة » ليست في ب .

(٧) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « من » .

(٨) في ا و ح : « فضل تفاوت » .

وإن كان الدين^(١) المدعى به حيواناً - بأن وجب في الذمة عن قتل الخطأ ، أو في المهر وبدل الخلع^(٢) ، فصالح على دراهم في الذمة ، وافتراقاً من غير قبض : جاز ، وإن كان هذا ديناً بدين ، لأن هذا ليس بمعاوضة ، بل استيفاء عين^(٣) حقه ، لأن الحيوان الذي وجب في الذمة لم يكن وجوبه لازماً ، حتى إن من عليه إذا جاء بقيمته : يجبر من له^(٤) على القبول - بخلاف سائر الديون .

. . .

هذا الذي ذكرنا إذا كان المدعى به ماله - فأما إذا كان حقوقاً ليست بمال ، فصالح منها على بدل هو مال : فهذا على ضربين : ضرب يجوز ، وضرب لا يجوز .

أما الضرب الذي يجوز - < فـ > نحو الصالح عن موجب العمد في النفس وما^(٥) دون النفس على أي بدل كان ، ديناً كان أو عيناً^(٦) ، أقل من الدية^(٧) وأرش الجناية أو أكثر ، لأن هذا بدل القصاص ، لا بدل الدية -

(١) « الدين » ليست في ب .

(٢) في ح : « وفي المهر وبدل الخلع » .

(٣) « عين » ليست في ب . وفي ح كذا : « بلا استيفاء عين » .

(٤) « من له » ليست في ا .

(٥) في ب : « وفيما » .

(٦) « أي ... عيناً » من ا و ب و ح . وفي الاصل : « وما دون النفس على بدل أقل » .

(٧) في ب : « أرش الدية » .

إلا أن البديل إذا كان ديناً: لا بد من القبض في المجلس ، حتى لا يكون
افتراقاً عن دين بدين . وبمثله ^(١) لو كان الصالح في قتل الخطأ وجراح
الخطأ ، فيما ذكرنا من جواز الصالح واشتراط القبض في الدين ، إلا أن
الفرق بين العمد والخطأ أن في العمد الصالح ^(٢) على أكثر من الدية
والأرش جائز ، وفي الخطأ على أكثر من الدية والأرش ^(٣) لا يجوز ، لأن
ههنا ^(٤) الأرش والدية مقدران شرعاً ، والزيادة عليه ^(٥) ربا ، فلا
يجوز ^(٦) ، فهو الفرق ^(٧) و ^(٨) .

ثم ينظر : إن كان البديل مما يصلح مهراً في النكاح ، وتصح تسميته :

(١) في ب : « ومثله » . وفي ا : « فكذا » . وفي ح : « وكذا » .

(٢) « فيما ذكرنا ... العمد الصالح » من ا و ب و ح .

(٣) « جائز ... والأرش » من ب .

(٤) « ههنا » من ب . وفي ا و ح : « هذا » .

(٥) في ا و ب و ح : « مقدرة شرعاً فالزيادة عليه » .

(٦) في ا و ح : « فلا يجوز ذلك بدلاً عن القصاص » . وانظر الهامش بعد التالي .

(٧) في ا و ب و ح : « فهو (في ب : وهو) الفرق في الصالح عن العمد والخطأ جميعاً » .

(٨) في الكاساني (٦ : ٤٩ : ٥) : « وسواء كان البديل قدر الدية أو أقل أو أكثر اقوله

تمالى : « فن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان » - قوله عز وجل « فن عفى له » أى أعطى له : كذا روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما ، وقوله عز شأنه : « فاتباع بالمعروف » أى فليتبع مصدر بمعنى الأمر ، فقد أمر الله تبارك وتعالى الولي بالاتباع بالمعروف إذا أعطى له شيء ، واسم الشيء يتناول القليل والكثير ، فدلّت الآية على جواز الصالح من القصاص على القليل والكثير ، وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبه العمد : أنه إذا صالح على أكثر من الدية لا يجوز - والفرق أن بدل الصالح في باب الخطأ وشبه العمد عوض عن الدية وإنها مقدرة بتقدير معاوم لا تزيد عليه ، فالزيادة على المقدّر تكون ربا ، فأما بدل الصالح عن القصاص فعوض عن القصاص ، والقصاص ليس من جنس المال حتى يكون البديل عنه زيادة على المال المقدّر ، فلا يتحقق الربا - فهو الفرق » .

يجب ذلك . وإن كان مما لا يصلح مهرأ ولا تصح تسميته ، ويجب في ذلك مهر المثل: نجب ههنا دية النفس في القتل ، وأرش الجناية فيما دون النفس^(١) إلا في فصل واحد^(٢) وهو أنه إذا صالح على خمر أو خنزير في العمد^(٣) - فإن كان^(٤) في النكاح: يجب مهر المثل ، وههنا: يسقط القصاص ، ولا يجب شيء ، ويكون ذلك عفواً منه .

وما عرفت من الجواب في الصالح عن دم العمد ، فهو الجواب في الخلع ، والعق على مال ، والكتابة ، فيما ذكرنا .

• • •

وأما الضرب الثاني - فأنواع كثيرة :

منها - أن^(٥) المشتري إذا صالح مع الشفيع عن حق الشفعة على مال^(٦) معلوم : لا يجوز .

ومنها - أن الكفيل بالنفس إذا صالح^(٧) المكفول له ، بمال معلوم على أن يبرأ^(٨) من الكفالة : فالصالح باطل ، والكفالة لازمة .

(١) « في القتل وأرش الجناية فيما دون النفس » ليست في ا و ح .

(٢) « واحد » من ا و ب و ح .

(٣) « في العمد » من ا و ب و ح .

(٤) « كان » من ا و ح .

(٥) « أن » من ا و ب و ح .

(٦) في ا و ح : « بدل » . وانظر الهامش التالي .

(٧) « مع الشفيع ... إذا صالح » ساقطة من ب .

(٨) في ب : « على أن يبرئه » . وفي ا و ح : « على تبرئة » .

ولو^(١) كان لرجل ظلة على طريق نافذة أو كنيف^(٢) شارع ،
فخاصمه رجل فيه و^(٣) أراد طرحه . فصالحه على^(٤) دراهم : فالصالح باطل ،
لأن هذا حق لجماعة المسلمين ، ولم يكن له حق معتبر^(٥) ، حتى يكون
إسقاطا لحقه .

ومثله^(٦) لو كان الطريق غير نافذ ، فخاصمه رجل من أهل
الطريق ، فصالحه على دراهم مسماة : فالصالح جائز^(٧) ، لأنه مشترك
بين جماعة محصورة ، فيكون جزء منه ملكا لهذا الواحد^(٨) ، فيكون
صلحا عن حقه ، وفيه فائدة لاحتمال أن يصلح البقية - بخلاف الأول ،
لأنه لا يتصور الصالح من^(٩) جميع الناس .

ولو ادعى رجل^(١٠) على رجل مائة درهم ، فأنكرها المدعى عليه ،

(١) ابتداء من « ولو كان لرجل .. » حتى « والمدعى به لا يسقط » في ص ٣٤ ؛ تأخرت
في الأصل فجاءت في آخر الباب الآتي : « باب آخر من الصالح » ولذا فقد كتب في هامش
الأصل أمام أول تلك العبارة : « زائد إلى المزارعة » أي إلى آخر الصالح والحقيقة أنه زائد في
هذا الموضع الذي جاء فيه ولكنه ناقص من موضع سابق هو هذا الموضع الذي نقفناؤه إليه كما في
ا و ب و ح . (انظر فيما بعد الهامش ٣ ص ٤٣٤) .

(٢) الكنيف الحظيرة . وفي : « نافذ أو كتف » . وفي ح : « نافذ وكتف » . وفي ب :
« أو على كشف » .

(٣) في ب : « إذا » .

(٤) في ب : « عن » .

(٥) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « معين » .

(٦) في ب : « ومثله » .

(٧) « جائز » ساقطة من ا .

(٨) في ا و ح : « الرجل » . وفي ب : « ملك هذا الواحد » .

(٩) في ب : « عن » .

(١٠) « رجل » من ب و ح .

فصالح المدعى على أنه «إن حلف المدعى عليه ، فهو برىء» ، فحلف المدعى عليه : « ما لهذا المدعى قليل ولا كثير » : فإن الصالح باطل ، والمدعى على دعواه ، فإن أقام بيّنة : أخذها ، وإن لم يكن له بيّنة وأراد استخلافه : له ذلك ^(١) - وإنما بطل ذلك ، لأنه إبراء معلق بالشرط ، وهو فاسد ، لأن فيه معنى التملك ^(٢) . وأما الاستخلاف فهو على وجهين : إن حلف في غير مجلس القاضى : فله أن يحلفه ثانياً ، لأن الحلف في غير مجلس القاضى لا عبرة به ، فيحلفه ثانياً . وأما إذا حلف في مجلس القاضى ^(٣) : < ف > لا يحلفه ثانياً ، لأن حق المدعى في الحلف صار مستوفى مرة ، فلا يجب عليه الإيفاء ثانياً ^(٤) .

ولو اصطالح على أن يحلف المدعى ، فتم حلف ^(٥) فالدعوى لازمة للمدعى عليه - فحلف المدعى على ذلك : فإن الصالح باطل ^(٦) ، ولا يلزم المدعى عليه شيء بهذا ، لأن هذا إيجاب المال بشرط ، وهو ^(٧) فاسد .

(١) زاد هنا في ا و ح : « لأن فيه معنى التملك » - انظر الهامش التالى . وزاد هنا في ب : « عند غير هذا القاضى الذى حلف . لأن الحلف لا يتكرر عند القاضى ، في مال واحد » راجع الهامش التالى والهامش ٤ .

(٢) « لأن فيه معنى التملك » ليست في ب . وفي ا و ح وردت هذه العبارة من قبل بعد قوله « وأراد استخلافه له ذلك » . راجع الهامش السابق .

(٣) « في مجلس القاضى » ليست في ح .

(٤) « وأما الاستخلاف فهو على وجهين ... فلا يجب عليه الإيفاء ثانياً » ليست في ب راجع فيما تقدم الهامش ١ .

(٥) « فتم حلف » ساقطة من ح . وفي ا : « يحلفه المدعى لأن حلف » .

(٦) في ا و ح : « فحلف المدعى على ذلك باطل ، لأن الصالح باطل » .

(٧) في ا و ح : « بشرط هو » .

ولو ادعى على امرأة نكاحها^(١)، فصالحها، على مائة درهم، على أن تقر له بالنكاح : فهو^(٢) جائز، وتكون المائة زيادة في مهرها، لأن إقرارها بالنكاح محمول^(٣) على الصحة.

وكذا لو قال لها^(٤): «أعطيتك»^(٥) مائة درهم، على أن تكوني^(٦) امرأتى، - فهو جائز إذا قبلت^(٧) ذلك بحضور من الشهود، ويكون هذا كناية عن النكاح ابتداء.

وكذا لو قال: «زوجتك أمس على ألف درهم»^(٨)، فقالت: «لا»، فقال: «أزيدك مائة على أن تقرى لى بالنكاح»، فأقرت: كان لها ألف ومائة، والنكاح جائز، ويحمل إقرارها على الصحة.

وكذا لو ادعى على رجل مجهول النسب أنه عبده، فأنكر وقال: «إني حر الأصل»، فصالح المدعى عليه، مع المدعى، على بدل معلوم: جاز - حتى لو أقام المدعى البينة بعد ذلك: لا تقبل، ويصير ذلك

(١) «نكاحها» من ح. وفي أ: «نكاحا».

(٢) «فهو» من أ و ح. وفي ب: «بالنكاح: جاز».

(٣) كذا في أ و ب و ح. وفي الأصل: «محموله».

(٤) «لها» من أ و ح.

(٥) هكذا في أ و ب و ح. والكسائي (٦ : ٥١ : ٣ من أسفل) وفي الأصل:

«أعطيتك».

(٦) هكذا في أ و ب و ح. وفي الأصل: «تكون».

(٧) في أ و ب و ح: «قبل».

(٨) «درهم» من أ و ح.

بمنزلة^(١) العتق يبدل ، ولكن تقبل^(٢) البيضة في حق إثبات الولاء .
ولو ادعى على رجل ألف درهم ، فأنكر ، فقال : « أقر لي بها
عليك^(٣) على أن أعطيك مائة درهم » - كان باطلا ، لأن هذا إيجاب
الألف على نفسه بمائة درهم^(٤) .

وكذلك لو صالح القاذف مع المقتوف ، بشيء ، على أن يعفو عنه ،
ولا يخصمه - فهو باطل^(٥) .

وكذلك لو صالح الشاهد^(٦) ، بمال ، على أن لا يشهد عليه ، أو^(٧)
أراد أن يشهد على الزاني أو^(٨) السارق أو^(٩) القاذف ، فصالحوه على مال :
فالصالح باطل^(١٠) ، ولا تقبل شهادته في هذه الحادثة ، وفي غيرها ، إلا
أن^(١١) يتوب ويسترد المال منه^(١٢) في جميع ذلك^(١٣) .

(١) « بمنزلة » من ا و ح .

(٢) في ب : « لكن لا تقبل » و « لا » زائدة - راجع الكاساني (١٣ : ٥٠ : ٦) .

(٣) « عليك » من ا و ح .

(٤) في ا و ح : « لأن لإيجاب الألف على نفسه بمائة درهم باطل » .

(٥) انظر فيما بعد الهامش ١٠ .

(٦) « الشاهد » ليست في ب .

(٧) في ا و ح : « و » .

(٨) و (٩) في ب : « و » .

(١٠) « وكذلك لو صالح الشاهد ... فالصالح باطل » وردت في ا و ح قبل « وكذلك لو

صالح القاذف ... فهو باطل » راجع فيما تقدم الهامش ٥ .

(١١) في ا و ح : « وفي غيرها وأن » .

(١٢) « منه » من ا و ب و ح .

(١٣) « في جميع ذلك » ليست في ا و ح .

ولو ادعى رجل قبل رجل ، ودیعة ، أو عارية ، أو مالا مضاربة ، أو إجارة ، فقال الأئمة : « قد رددتها عليك » أو ^(١) « هلكت » ، ثم صالحه على مال : فإن الصالح باطل عند أبي يوسف ، وعند محمد : جائز ^(٢) . وهى من الخلافات .

وأما إذا كان الصالح بين المدعى والمدعى

فلا يخلو : إما إن كان بإذن المدعى عليه ، أو بغير إذنه .

أما إذا كان بإذنه :

< فإنه > يصح الصالح . ويكون وكيله في الصالح ، ويجب المال على المدعى عليه ، دون الوكيل ، سواء كان الصالح عن إقرار أو عن إنكار ، لأن الوكيل في الصالح لا ترجع إليه الحقوق - وهذا إذا لم يضمن بدل الصالح عن المدعى عليه ، فأما إذا ضمن : فإنه يجب عليه ، بحكم الكفالة والضمان ، لا بحكم العقد .

فأما إذا كان بغير إذنه :

فهذا صالح الفضولى . وهو على أربعة أوجه :

فى ثلاثة منها ^(٣) : يصح الصالح ، ويجب ^(٤) المال على المصالح الفضولى ،

(١) فى ١ : « و » .

(٢) فى ١ : « باطل عند أبي حنيفة . وعند أبي يوسف ومحمد : جائزة » . وفى الكاسانى (٦) :

٥٠ . من أسفل (كما فى المتن) .

(٣) « منها » من ب و ا .

(٤) فى ا و ب و ح : « ويلزم » . وفى د : « يصح ويلزم » .

ولا يجب على المدعى عليه شيء^(١) - بأن يقول الفضولي للمدعى: «أصلحك من دعواك هذه على فلان بألف درهم على أنني ضامن لك»^(٢) هذه الألف «أو على هذه الألف»^(٣) أو قال «على ألفي»^(٤) هذه أو على عبدى هذا^(٥): «أضابت المال إلى»^(٦) نفسه، أو عين البديل فقال: «على هذه الألف أو على هذا العبد»، وإنما كان هكذا، لأن التبرع بإسقاط الدين، بأن يقضى دين غيره بغير إذنه، صحيح، والتبرع^(٧) بإسقاط الخصومة عن غيره صحيح، والصالح عن إقرار إسقاط للدين^(٨)، والصالح عن إنكار إسقاط للخصومة^(٩)، فيجوز كيفما كان.

وفى فصل واحد - لا يصح، بأن قال: «أصلحك من دعواك هذه مع فلان على ألف درهم، أو على عبد وسط» - فإن هذا الصالح موقوف على إجازة المدعى عليه: فإن^(١٠) أجاز: يصح، ويجب المال عليه دون المصالح،

(١) في ب: «على المدعى شيء».

(٢) «ك» ليست في ا و ح.

(٣) زاد هنا في ا و ب و ح: «ما فصل واحد».

(٤) في ا و ح: «ألف» - والصحيح ما في المتن لأن هذه من صور إضافة المال إلى نفسه.

(٥) في ح: «أو على عبدى هذه» - وفي ا: «أو على عبدى هذه الألف» - وما في المتن

كما في الكشاف (٦: ٥٢: ٥).

(٦) كذا في ا و ب و ح: «إلى» - وفي الأصل: «على».

(٧) في ا و ح: «بغير إذنه يصح التبرع».

(٨) هكذا في ب - وفي الأصل: «الدين» - وعبارة «الصالح عن إقرار إسقاط للدين»

ساقطة من ا و ح - وفي ا: «عن غيره صحيح والصالح عن إنكار» - وفي ح: «عن غيره والصالح عن إنكار».

(٩) هكذا في ب - وفي الأصل ا و ح: «الخصومة».

(١٠) الفاء من ب - وفي ا و ح: «إن أجاز».

لأن الإجازة بمنزلة ابتداء التوكيل ، والحكم في التوكيل^(١) كذلك ، وإن لم يحز : يبطل الصلح ، لأنه لا يجب المال ، والمدعى به لا يسقط^(٢) و^(٣) .

. . .

وعلى هذا - اطلع من الأجنبي : على هذه الفصول :

إن كان بإذن الزوج : يكون وكلا عنه ، ويجب المال على المرأة للزوج^(٤) دون الوكيل ، لأنه معبر وسفير ، فلا يرجع إليه بالحقوق . وإن كان بغير إذنه : فإن^(٥) وجد من الفضولى ضمان بدل الخلع أو قال : « خالع امرأتك على كذا درهم على أو على عبدى هذا أو على هذا^(٦) » الألف أو على هذا العبد - فإن الخلع صحيح ، ويجب المال على الفضولى ، وليس له أن يرجع ، لأنه متبرع .

وإن قال : « خلع امرأتك على كذا » ، فقال : « خلعت »^(٧) - فإنه موقوف على إجازة المرأة : فإن أجازت : صح^(٨) الخلع ، ويجب البدل

(١) هكذا فى ا و ح . وفى الاصل و ب : « الوكيل » - وزاد هنا فى ح : « صحيح » .

(٢) فى ا و ح : « والمدعى به لا يسقط حقه بجانا » .

(٣) الى هنا انتهى « كتاب الصلح » فى الاصل وانتهت العبارة التى نقانناها من موضعها فى الاصل الى محلها الصحيح الذى تقدم (راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٤٢٨) .

(٤) فى ا و ب و ح : « والزوج » .

(٥) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « بأن » .

(٦) فى ا و ب و ح : « هذه » .

(٧) خالعت المرأة زوجها واختلعت منه إذا افتدت منه بمالها . فإذا أجابها لى ذلك فطلقها

قيل : خلعا (المغرب) . وراجع « باب الخلع » ص ٢٩٩ وما بعدها من الجزء الثانى .

(٨) فى ب : « جاز » .

عليها دون الفضولى . وإن لم تجز : بطل الخلع ، ولا يقع الطلاق .

وعلى هذه الفصول (١) : العفو (٢) عن دم العمد من الأجنبي .

وعلى هذه الفصول (٣) : الزيادة فى الثمن (٤) من الأجنبي : إن كان <ت> بائنه : يكون وكيلا ، وتجب على المشتري . وإن كان <ت> بغير إذن المشتري : فهو على الفصول (٥) التى ذكرنا (٦) .

(١) هكذا فى ا و ب . وفى ح والاصل : «وعلى هذا الفضول» . وانظر الهامشين ٣ و٥
(٢) « العفو » من ا و ب و ح . وفى الكاسانى (٦ : ٥٢ : ٢٢) : « وكذلك العفو والصاح
عن دم العمد من الأجنبي : على هذه الفصول » .

(٣) هكذا فى ا و ب . وفى ح والاصل : «وعلى هذا الفضول» . راجع الهامشين ١ و٥ .

(٤) « فى الثمن » ليست فى ب .

(٥) فى ح : « الفضول » . راجع الهامشين ٣ و١ .

(٦) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم » .

باب آخر

من

الصالح

جمع في الباب (١) مسائل متفرقة :

منها :

— أن من (٢) كان له على آخر ألف درهم، فقال للمديون (٣) : « أصالحك على أن أحط عنك منها (٤) خمسمائة على أن تعطيني اليوم خمسمائة » .
فصالحه (٥) على ذلك : قال (٦) أبو حنيفة ومحمد : إن أعطاه خمسمائة في ذلك اليوم : برىء من الخمسمائة الأخرى ، وإن لم يعطه حتى مضى اليوم (٧) : انتقض الصالح ، وعادت الألف عليه كما كانت . وقال أبو يوسف بأنه يبرأ من الخمسمائة ، ويبقى عليه خمسمائة .

— وأجمعوا أنه إذا قيل : « أصالحك عن الألف (٨) على خمسمائة تعجلها اليوم فإن لم تعجلها فالألف عليك » . ولم يعجل اليوم : بطل الصالح ، وعليه الألف .

(١) في الأصل : « قال : جمع في الباب » . وفي ا و ح : « قال رحمه الله : في الباب » .

(٢) في ا : « أن كل من » .

(٣) هكذا في ب . وفي الأصل وا و ح : « المديون » .

(٤) « منها » من ب .

(٥) في ب : « وصالحه » .

(٦) في ا و ح : « قيل : قال » . وفي ب : « وقيل : قال » .

(٧) « اليوم » ليست في ب .

(٨) « عن الألف » ليست في ا و ب و ح .

وحاصل هذا - أن عندهما: هذا^(١) الكلام، في موضع الإجماع، وهو الفصل الثاني^(٢)، ليس تعليق^(٣) البراءة عن خمسمائة بشرط تعجيل خمسمائة، لأن الألف كلها معجلة بحكم عقد المدانية، فلا^(٤) معنى لاشتراطه وهو ثابت، ولأن تعليق البراءة بالشرط لا يجوز، لأنه تعليق من وجه حتى يرتد بالرد، وهذا^(٥) الكلام صحيح بالإجماع، ولكنه حط وإبراء عن الخمسمائة لأجل، وتعليق فسخ البراءة بترك التعجيل في اليوم، وتعليق الفسخ بالشرط^(٦) جائز^(٧)، فإن من قال لغيره: «أبيعك^(٨) هذا العبد بألف درهم على أن تعجلها اليوم، فإن لم تعجلها فلا يبيع بيننا» - <ف> إن البيع جائز، وجعل ترك التعجيل شرطاً في الفسخ، فكذا هذا - وهذا المعنى موجود في فصل الخلاف^(٩).

وعند أبي يوسف: هذا تعليق البراءة بشرط التعجيل، والبراءة لا يصح تعليقها بالشروط - وجه^(١٠) قول أبي يوسف أنه صالح على عوض بشرط تعجيله، فإذا لم يوجد الوفاء، بالتعجيل، لم يفسخ العقد بدون شرط

(١) « أن عندهما هذا » ليست في ب .

(٢) راجع الفقرة الأخيرة من الصفحة السابقة .

(٣) في ب : « بتعليق » .

(٤) في ح : « ولا » .

(٥) في ا و ب و ح : « فلهذا » .

(٦) « بالشرط » ليست في ب .

(٧) « جائز » ليست في ح .

(٨) في ب كذا : « ابتعتك » .

(٩) راجع الفقرة الأولى من الصفحة السابقة . وانظر الهامش ١ من الصفحة المقبلة .

(١٠) « وعند أبي يوسف : هذا ... وجه » ليست في ب .

الفسخ صريحا ، ولم يوجد ، فبقى الخط صحيحا ، كما إذا قال : « بعتك هذا العبد بألف على أن تعجلها اليوم »^(١) . بخلاف الفصل المجمع عليه ، لأن ذلك صالح على^(٢) خمسمائة للحال ، وجعل ترك التعجيل شرطا للفسخ . عرفنا ذلك بالتنصيص على ذلك الشرط^(٣) .

— ولو صالح على أن « يعطيه خمسمائة إلى شهر على أن يحط عنه »^(٤) خمسمائة الساعة ، فإن لم يعطه إلى شهر ، فعليه الألف — فهو صحيح ، لأن هذا إبراء للحال ، وتعليق لفسخ^(٥) الإبراء بالشرط .

وعلى هذا الكفالة : إذا أخذ منه كفيلا بألف درهم ، فصالح معه

(١) « وجه قول ... تعجلها اليوم » من ا و ب و ح . ولكن في ب كذا : « ابتك ... » يعجلها اليوم » . راجع في ذلك الكاساني (٦ : ٤٤ : ٢٠) « وجه قوله (قول أبي يوسف) أن شرط التعجيل ما أماده شيئا لم يكن من قبل لأن التعجيل كان واجبا عليه بحكم العقد فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة واو سكنت عنه اكان الأمر على ماوصفا فكذا هذا ، بخلاف ما إذا قال « فإن لم تفعل فكذا » لأن التنصيص على عدم الشرط نفى لفشروط عند عدمه ، فكان مفيدا - وجه قولهما أن شرط التعجيل في هذه الصورة شرط انقاس العقد عند عدمه بدلالة حال تصرف الماقل لأن الماقل يقصد بتصرفه الإفادة دون اللغو واللب واللبث واو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للغا لأن التعجيل ثابت بدونه فيجعل ذكر شرط التعجيل ظاهرا ، شرطا لانقاس العقد عند عدم التعجيل فصار كأنه نص على هذا الشرط فقال « فإن لم تعجل فلا صالح بيننا » واو كان كذلك اكان الأمر على ما نص عليه ، فكذا هذا ، وتبين بهذا أن هذا تعليق الفسخ بالشرط لا تعليق العقد كما إذا باع بألف على أن ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فإن لم ينقده فلا يبيع بينهما وذلك جائز لدخول الشرط على الفسخ لا على العقد - فكذا هذا » . راجع أيضا المرغباني ، الهداية ، وشروحا (٧ : ٤٢ وما بعدها) .

(٢) في ا و ح : « فإن ذلك صالح عن » . راجع ص ٤٣٦ .

(٣) في ب : « عرفنا بالتنصيص على الشرط » . راجع فيما تقدم الهامش ١ .

(٤) في ب : « منها » .

(٥) هكذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « فسخ » .

على أن يحط خمسمائة^(١) وشرط على الكفيل^(٢) < ذلك > إن أوفاه^(٣) خمسمائة إلى شهر ، فإن لم يوفه خمسمائة^(٤) إلى رأس الشهر ، فعليه الألف : فهو^(٥) جائز ، والألف على الكفيل إن^(٦) لم يوفه ، لما قلنا .

ولو ضمن الكفيل الألف مطلقاً ، ثم قال : « عنك حططت »^(٧) خمسمائة على أن توفيني رأس الشهر خمسمائة ، فإن لم توفني فالألف عليك . فهذا صحيح ، وهو أوثق من الأول .

— ولو قال لمن عليه^(٨) الألف : « متى ما أدبت إلى خمسمائة فأنت تبرأ عن الباقي »^(٩) . فإن هذا لا يصح ، ويبقى عليه الألف^(١٠) ، لأن هذا تعليق البراءة بالشرط^(١١) .

(١) في ب : « على أن يعطيه خمسمائة » .

(٢) « وشرط على الكفيل » ليست في ا و ب و ح . وفي ب تكرار هنا إذ فيها : « على أن يعطيه خمسمائة إلى شهر فإن لم يوفه خمسمائة إلى رأس الشهر فعليه الألف فهو صحيح لأن هذا لإبراء الحال ... » . وفي الكسائي (٦ : ٤٤ : ٢٩) : « وكذلك لو أخذ منه كفيلًا وشرط على الكفيل أنه إن لم يوفه خمسمائة إلى رأس الشهر فعليه كل المال وهو الألف ، فهو جائز ، والألف لازمة للكفيل إن لم يوفه » .

(٣) في ب : « إذا أوفاه » . وفي ا : « إذا أدام » . وفي ح : « إذا أدى » .

(٤) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « إلى خمسمائة » .

(٥) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « وهو » .

(٦) في ب : « وإن » .

(٧) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل كذا : « عنك حططتك على » . وفي ا و ح :

« قد حططت عنك » . وفي ب : « حططت عنك » .

(٨) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « ولو قال : لي عليك الألف » .

(٩) في ا و ب و ح : « متى أدبت إلى خمسمائة فأنت بريء من الباقي » .

(١٠) « الألف » سائطة من ح .

(١١) وهو لا يجوز - راجع ص ٤٣٧ - ٤٣٨ .

— وكذلك إذا ^(١) قال : « صالحتك على أنك متى ما ^(٢) أديت إليّ خمسمائة فأنت برىء من خمسمائة ^(٣) » - لا يصح ، لما قلنا .

— وكذا من قال هذه المقالة لمكاتبه : « إذا أديت إليّ خمسمائة فأنت برىء من باقى الكتابة » ^(٤) ، لما قلنا .

ولو قال له ^(٥) : « إن أديت إليّ خمسمائة فأنت حر » ، والبديل ألف - يصح ، ويبرأ ، لأن هذا تعليق العتق ^(٦) ، وتثبت البراءة حكما .

ومنها :

المشتري إذا وجد بالمبيع عيبا ، فصالحه البائع من العيب ، على شيء دفعه إليه ^(٧) ، أو حط عنه من ثمنه شيئا : فإن كان المبيع مما ^(٨) يجوز رده على البائع ، أو كان له حق المطالبة بأرشفه دون رده : فالصالح جائز ، لأن هذا صالح ^(٩) عن حقه . وإن لم يكن له حق الرد ^(١٠) ولا أخذ

(١) في ا و ح : « او » .

(٢) « ما » ليست في ا و ب و ح .

(٣) في ب : « الخمائة » .

(٤) « لا يصح لما ... باقى الكتابة » من ا و ب و ح . وعلى هامش الأصل بقايا من بعض

كلمات هذه العبارة .

(٥) « له » من ا و ب و ح .

(٦) « العتق » ليست في ا و ح .

(٧) « إليه » من ا و ح .

(٨) في ب : « البيع » . و « مما » من ا و ب و ح .

(٩) « صالح » ليست في ا و ح .

(١٠) « الرد » ليست في ح .

الأرش : لا يجوز الصلح . لأن هذا أخذ مال ، لا بمقابلة^(١) شيء ، فلا يجوز .
وهذا إذا كان بيعاً ، يجوز فيه التفاضل .

وأما إذا كان في بيع الربا : « فـ » لا يجوز لأنه يؤدي إلى الزيادة ،
وهو ربا ، فلا يجوز^(٢) .

وفي الموضع الذي جاز - إذا^(٣) زال العيب ، بأن انجلى البياض : يبطل
الصلح ، ويأخذ البائع ما أدى ، لأنه زال حقه .

ولو صالح عن^(٤) عيب قائم ، وعن كل عيب^(٥) - يجوز .

ولو لم يجد^(٦) به عيباً ، وصالح . مع هذا ، عن كل عيب : جاز ،
أوجود سبب الحق .

ولو صالح عن عيب خاص ، كالعَمَى ونحوه - يجوز ، لأنه لما
جاز^(٧) عن كل عيب ، جاز عن الواحد^(٨) .

(١) في ا و ح : « لا يقابله » . وفي ب : « لا بمقابله » .

(٢) « لأنه يؤدي ... فلا يجوز » من ا و ب و ج .

(٣) « إذا » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « ثم زال » . وفي ب : « وفي الموضع ...
ثم إذا » .

(٤) في ب : « على » .

(٥) في ا و ح : « كل عيب قائم » .

(٦) في ب : « يجوز ولم يوجد » .

(٧) في ح : « لما عين عن » . وفي ا : « لما صالحه عن » .

(٨) في ب : « عن كل عيب يجوز : جاز عن الواحد - والله أعلم » .

كتاب

المزارعة^(١)

في الكتاب^(٢) فصلان : فصل في المزارعة ، وفصل في المعاملات^(٣) .
ونحتاج إلى :

تفسيرهما في عرف اللغة والشرع ،

وإلى بيان^(٤) مشروعيتهما ،

وإلى بيان أنواع المزارعة ،

وإلى بيان شرائط المزارعة : المصححة^(٥) منها والمفسدة ،

وإلى بيان المعاني التي تجعل عذرا في فسخ المزارعة ، والامتناع منها
بعد الشروع فيها .

أما الأول - فنقول :

المزارعة عبارة عن عقد الزراعة ، يبعض الخارج . وهو إجارة
الأرض ، أو العامل^(٦) . يبعض الخارج .

(١) عبارة : « كتاب المزارعة » ساقطة في ب .

(٢) في ا و ح : « قال رحمه الله : في الكتاب ... » .

(٣) في ا و ب و ح : « في المعاملة » . والمعاملة هي المساقاة وسيأتي تعريفها في المتن قريبا .

(٤) « بيان » من ا و ب و ح .

(٥) في ا و ح : « الصحيحة » .

(٦) في ب : « والعامل » . وفي ح : « أو المعامل » .

وأما إجارتها بالدراهم والدنانير في الذمة ، أو معينة ، فلا يكون عقد مزارعة^(١) بل يسمى^(٢) إجارة ، وقد ذكرنا في كتاب الإجارة .
وكذا المعاملة : هو إجارة العامل ، ليعمل في كرمه وأشجاره ، من السقي والحفظ ، ببعض الخارج .

وأما بيان المشروعية :

فقال^(٣) أبو حنيفة : كلاتها فاسدتان غير مشروعتين^(٤) .

وقال أبو يوسف ومحمد : كلاتها مشروعتان .

وقال الشافعي : المعاملة مشروعة ، دون المزارعة - وهي معروفة في الخلافات^(٥) .

وأما بيان أنواع المزارعة :

ذكر في الكتاب^(٦) وقال : المزارعة أنواع أربعة . وهي كذلك في الظاهر ، لكن يتفرع منها أنواع^(٧) أخرى ، ومعرفة ذلك مبينة على معرفة^(٨) أصول :

(١) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « المزارعة » .

(٢) في ا و ب و ح : « يسمى » .

(٣) الفاء من ا و ب و ح .

(٤) في ب : « كلاتها فاسدة غير مشروعتين » .

(٥) في ب : « في المختلف » .

(٦) في ا : « في كتاب المزارعة » . ولما يقصد « الأصل » ل محمد بن الحسن . وفي مختصر

القدوري (شرح الميداني عليه ، ٢ : ١١٠) : « وهي عندهما على أربعة أوجه » - وانظر

فيما بعد ص ٤٦ : والمهامش ه منها .

(٧) « وهي ... أنواع » ساقة من ب . وفي ا و ح : « وهي كذلك في الظاهر لكن

يتفرع آخر » .

(٨) « معرفة » من ا و ب و ح .

منها - أن المزارعة فيها معنى الإجارة والشركة - لأنها إما إجارة الأرض ، أو العامل ، ببعض الخارج : إن كان البذر من قبل^(١) صاحب الأرض : فهو مستأجر العامل^(٢) ليعمل له في أرضه ، بما يعطيه من العوض ، وهو بعض الخارج الذي هو ثمن ملكه وهو البذر . وإن كان البذر من العامل : فهو مستأجر الأرض ، ليزرعها ، ببعض الخارج ، الذي هو ثمن ملكه وهو البذر^(٣) .

ومنها أيضاً - معنى الشركة بين^(٤) المتعاقدين ، لكون الخارج مشتركا ، بينهما ، على قدر ماسميا في العقد .
إذا ثبت هذا فنقول :

قد جاء الشرع بجواز المزارعة ببعض الخارج إذا كان عوضاً عن منفعة^(٥) الأرض ، أو عن منفعة العامل ، بخلاف القياس ، لحاجة الناس ، لأن الأجرة معدومة مجهولة ، فتمت كان العقد على هذا الوجه : يكون مزارعة صحيحة ، وإلا فيكون مزارعة فاسدة .

. . .

وأصل آخر - وهو أن صاحب البذر يستحق الخارج^(٦) بسبب أنه

(١) « قبل » من ب .

(٢) هكذا في ب . وفي ا و ح : « للعامل » . وفي الأصل : « للعامل » .

(٣) « وإن كان البذر من العامل ... وهو البذر » ساقطة من ب .

(٤) في ا و ح : « من » .

(٥) « منفعة » ليست في ا و ب و ح .

(٦) « الخارج » ساقطة من ا و ح .

نماء ملكه ، لا^(١) بالائجارة ، والذي ليس بصاحب البذر يستحق الخارج بالشرط ، وهو عقد المزارعة - فإن العقد إذا كان صحيحاً يجب البذل المسمى ، وإذا كان فاسداً لا يستحق البذل المسمى ولكن^(٢) يجب أجر المثل بمقابلة منفعة الأرض ، أو منفعة العامل ، لأنه لم يرض ببذل المنفعة من غير عوض . لكن عند محمد : يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ ، وعند أبي يوسف : مقدراً بقيمة الخارج المسمى - ذكر الخلاف في كتاب الشراكة - ويكون^(٣) الخارج كله لصاحب البذر^(٤) لأنه نماء ملكه . ثم إذا كان البذر من صاحب الأرض ، يكون الزرع كله له ، طيباً ، ولا يتصدق بشيء ، لأنه نماء ملكه ، وقد حصل في^(٥) أرضه . وإن كان البذر من العامل فإن الخارج ، بقدر بذره وبقدر ما غرم من^(٦) أجر مثل الأرض والمؤن ، يطيب له^(٧) ، لأنه أدى عوضه ، ويتصدق بالفضل على ذلك ، لأنه - وإن تولد من بذره - لكن في أرض^(٨) غيره ، بمقدد فاسد ، فأورث^(٩) شبهة الحبث .

(١) « لا » ليست في ب .

(٢) « لا يستحق ... ولكن » من ا و ب و ح .

(٣) في ا : « يكون » .

(٤) في ا و ح : « لصاحب الأرض » .

(٥) في ا و ح : « من » .

(٦) « ما غرم من » ليست في ا و ح .

(٧) في ا و ح زاد هنا : « الخارج » .

(٨) في ا : « لكن زرع أرض » . وفي ح : « ولكن زرع أرض غيره » .

(٩) هكذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « فأوجب » .

منها - أن المزارعة فيها معنى الإجارة والشركة - لأنها إما إجارة الأرض ، أو العامل ، ببعض الخارج : إن كان البذر من قبل ^(١) صاحب الأرض : فهو مستأجر العامل ^(٢) ليعمل له في أرضه ، بما يعطيه من العوض ، وهو بعض الخارج الذي هو ثناء ملكه وهو البذر . وإن كان البذر من العامل : فهو مستأجر الأرض ، ليزرعها ، ببعض الخارج ، الذي هو ثناء ملكه وهو البذر ^(٣) .

ومنها أيضاً - معنى الشركة بين ^(٤) المتعاقدين ، لكون الخارج مشتركاً بينهما ، على قدر ماسمياً في العقد .
إذا ثبت هذا فنقول :

قد جاء الشرع بجواز المزارعة ببعض الخارج إذا كان عوضاً عن منفعة ^(٥) الأرض ، أو عن منفعة العامل ، بخلاف القياس ، حاجة الناس ، لأن الأجرة معدومة مجهولة ، فتمت كان العقد على هذا الوجه : يكون مزارعة صحيحة ، وإلا فيكون مزارعة فاسدة .

. . .

وأصل آخر - وهو أن صاحب البذر يستحق الخارج ^(٦) بسبب أنه

(١) « قبل » من ب .

(٢) هكذا في ب . وفي ا و ح : « للعامل » . وفي الأصل : « للعامل » .

(٣) « وإن كان البذر من العامل ... وهو البذر » ساقطة من ب .

(٤) في ا و ح : « من » .

(٥) « منفعة » ليست في ا و ب و ح .

(٦) « الخارج » ساقطة من ا و ح .

نماء ملكه ، لا^(١) بالإجارة ، والذي ليس بصاحب البذر يستحق الخارج بالشرط ، وهو عقد المزارعة - فإن العقد إذا كان صحيحاً يجب البذل المسمى ، وإذا كان فاسداً لا يستحق البذل المسمى ولكن^(٢) يجب أجر المثل بمقابلة منفعة الأرض ، أو منفعة العامل ، لأنه لم يرض ببذل المنفعة من غير عوض . لكن عند محمد : يجب أجر المثل بالغا مبالغ ، وعند أبي يوسف : مقدرا بقيمة الخارج المسمى - ذكر الخلاف في كتاب الشراكة - ويكون^(٣) الخارج كله لصاحب البذر^(٤) لأنه نماء ملكه . ثم إذا كان البذر من صاحب الأرض ، يكون الزرع كله له ، طيبا ، ولا يتصدق بشئ ، لأنه نماء ملكه ، وقد حصل في^(٥) أرضه . وإن كان البذر من العامل فإن الخارج ، بقدر بذره وبقدر ما غرم من^(٦) أجر مثل الأرض والمؤن ، يطيب له^(٧) ، لأنه أدى عوضه ، ويتصدق بالفضل على ذلك ، لأنه - وإن تولد من بذره - لكن في أرض^(٨) غيره ، بعهده فاسد ، فأورث^(٩) شبهة الحبث .

(١) « لا » ليست في ب .

(٢) « لا يستحق ... ولكن » من ا و ب و ح .

(٣) في ا : « يكون » .

(٤) في ا و ح : « لصاحب الأرض » .

(٥) في ا و ح : « من » .

(٦) « ما غرم من » ليست في ا و ح .

(٧) في ا و ح زاد هنا : « الخارج » .

(٨) في ا : « لكن زرع أرض » . وفي ح : « ولكن زرع أرض غيره » .

(٩) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فأوجب » .

وعلى هذا قالوا - في المزارعة الصحيحة : إذا لم تخرج الأرض شيئاً لا يجب على واحد منهما لا أجر العمل^(١) ولا أجر الأرض ، لأن الواجب هو الخارج ، لكون^(٢) التسمية صحيحة ، فتقوم^(٣) المنافع بهذا البذل ، فتمى لم يوجد بقيت المنافع على الأصل ، وهى غير متقومة . وفى المزارعة الفاسدة : يجب أجر المثل وإن لم تخرج الأرض^(٤) شيئاً ، لأن المنافع تتقوم ههنا بأجر المثل ، فقوت الخارج لا يمنع من وجوبه .

. . .

إذا ثبت هذا فنقول : ذكر فى الكتاب^(٥) وقال : المزارعة أنواع أربعة ، وهى فى الظاهر كذلك ، ولكن يتفرع منها أنواع أخر .
أما بيان الأربعة :

— أن يكون الأرض والبذر من رب الأرض ، والبقر والعمل وآلاته من العامل .
— أو يكون الأرض والبقر والبذر من رب الأرض ، والعمل من العامل لا غير .

(١) فى ا و ح : « إلا أجر العامل » .
(٢) فى ا : « لكن » .
(٣) فى ا و ح : « فتقوم » .
(٤) « الأرض » من ا و ح . وفى ح : « وإن تخرج الأرض » فليس فيها : « لم » .
(٥) راجع فيما تقدم ص ٤٤٣ والمهامش ٦ منها .

— أو تكون الأرض وحدها^(١) من صاحب الأرض ، والباقي كله^(٢) من العامل .

— أو تكون الأرض والبقر من صاحب الأرض ، والبذر والعمل من العامل .

ففى الثلاثة الأولى - المزارعة صحيحة ، لأن فى الفصل^(٣) الأول صاحب الأرض مستأجر للعمل^(٤) ، والبقر آلة العمل ، فيكون تبعاً له^(٥) ، فلا تكون الأجرة بمقابلة البقر ، كمن^(٦) استأجر خياطاً ليخيط بآلته^(٧) : يجوز .

وفى الفصل الثانى : صاحب الأرض مستأجر للعامل أيضاً وحده .
وفى الفصل الثالث : يكون العامل مستأجراً للأرض وحدها^(٨) .
وقد ذكرنا أن استئجار الأرض وحدها ، واستئجار العامل ببعض الخارج وحده^(٩) - يكون مزارعة صحيحة ، لورود الحديث فيه مخالفاً للقياس .
وفى الفصل الرابع - لا يجوز ، لأنه يصير صاحب البذر ، وهو العامل ،

(١) « وحدها » ليست فى ا و ح .

(٢) « كله » ليست فى ح .

(٣) « الفصل » من ا و ب و ح .

(٤) فى ا و ح : « للعامل » .

(٥) « له » ليست فى ب .

(٦) فى ب : « فن » .

(٧) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « بالإبرة » .

(٨) فى ا و ح : « وحده » .

(٩) فى ا و ب و ح : « واستئجار العامل وحده ببعض الخارج » .

مستأجرا للأرض والبقر، يبعض الخارج، فيكون البعض بمقابلة^(١) البقر مقصودا، ولم يرد الشرع به، فبقى على أصل القياس .
وروى عن أبي يوسف في الأمالي أنها جائزة .

. . .

وأما ما يتفرع منها :

— الاستئجار بالبذر : وهو أن يدفع الرجل بذرا إلى رجل، ليزرعه في أرضه، يبقره، بنصف أو ثلث - فالمزارعة فاسدة، لما قلنا إنه يصير مستأجرا للأرض والعامل جميعا^(٢)، ولم يرد الشرع به^(٣) .
وروى عن أبي يوسف أنها جائزة .

— ومنها : أن يشترك أربعة : من أحدهم الأرض، ومن الآخر البذر، ومن الثالث البقر، ومن الرابع العمل - فهي فاسدة. وفي عين^(٤) هذه الحادثة ورد الاثر بالفساد .

- ولو شرط عمل^(٥) صاحب الأرض مع العامل^(٦) : لا يجوز، لأنه

(١) في ا و ح : « فيكون مقابلة » .

(٢) في ح : « مستأجر الأرض والبقر والعامل جميعا » . وفي ا : « مستأجرا الأرض والبقر والعامل جميعا » .

(٣) « به » ساقطة من ح .

(٤) « عين » من الكسائي. وفي الأصل و ا و ب و ح كذا : « غير » - راجع الكسائي ٦ : ١٧٩ : السطر الأسفل - ١٨٠ : « فإنه روى أن أربعة نفر اشتركوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم مزارعتهم » .

(٥) في ا و ح : « ولو كان شرط العمل » . وفي ب : « ولو كان شرط عمل » .

(٦) « مع العامل » من ا و ب و ح .

لم يوجد تخلية الأرض ، ويجب أجر المثل فيما إذا كان البذر من العامل ، ويجب أجر مثل عمل العامل إذا كان البذر من صاحب الأرض (١) .

ولو شرط عمل عبد صاحب الأرض على أن يكون الخارج أثلاثا : ثلثه لصاحب الأرض ، وثلثه لعبده ، وثلثه للعامل - إن كان البذر من صاحب الأرض : جاز ، لأنه مستأجر للعامل ، فيكون العبد (٢) مُمِينًا له ، ويكون نصيب العبد لصاحبه . وإن كان البذر من العامل : لا يجوز ، ويكون الخارج لصاحب البذر ، وعليه أجر مثل الأرض (٣) والعبد ، وكذا أجر البقر إن كان من صاحب الأرض أيضا (٤) .

ولو شرط عمل رجل أجنبي مع العامل ، على أن الخارج يكون أثلاثا : < ف > إن كان البذر من العامل : لا يجوز في حق العامل الثاني ، ويجوز فيما بين صاحب الأرض والعامل الأول (٥) - فيكون (٦) الثلث لصاحب الأرض ، والثلثان للعامل الأول ، وللعامل الثاني أجر المثل (٧) . وإن كان البذر من صاحب الأرض : جاز - ويكون الثلث له ، ولكل عامل الثلث ، لأنه يصير مستأجرا للعاملين ، وهذا جائز .

(١) « ويجب أجر مثل عمل العامل ... الأرض » من ا و ب و ح .

(٢) « العبد » من ا و ب و ح . وفي ا و ب : « ويكون العبد » .

(٣) في ب : « وعليه مثل أجر الأرض » .

(٤) « وكذا ... أيضا » من ا و ب و ح . وفي الاصل بدلا منها : « والبقر » .

(٥) « والعامل الأول » ساقطة من ا و ح . و « الأول » ساقطة من ب .

(٦) في ا و ح : « ويكون » .

(٧) في ا و ح : « أجر مثل عمله » .

وأما سُرَاطُ الصِّمَّةِ والفساد

فمن سُرَاطِ الصِّمَّةِ - بيان المدة : سنة أو أكثر - وهذا جواب ظاهر الرواية .

وعن محمد بن سلمة^(١) أنه قال : هذا^(٢) في بلادهم ، لأن وقت الزراعة^(٣) متفاوت ، فيصير ابتداء الزراعة^(٤) مجهولا ، أما في بلادنا < ف > يجب أن يجوز ، لأن وقته^(٥) معلوم ، فصار كالمعاملة ، ويقع على أول زرع يخرج .

وأما في المعاملة - < ف > القياس أن يشترط بيان المدة ، وفي الاستحسان أنه^(٦) يقع على^(٧) أول ثمر يخرج^(٨) ، فإذا انتهى الثمر انتهى العقد .

فأما في الرطاب - فإذا^(٩) دفع الأرض ليزرع الرطاب ودفع بذرها ،

(١) هو أبو عبد الله محمد بن سلمة الفقيه - تفقه على أبي سايان الجوزجاني وتفقه عليه أبو بكر محمد بن أحمد الإسكافي وهو شيخ أحمد بن أبي عمران أستاذ الطحاوي . ومات سنة ٢٧٨ وهو ابن سبع وثمانين سنة (الجواهر المضيئة ، ٢ : ٥٦) . راجع الهامش ٩ ، ص ١٩٤ ، ١٥٠ .

(٢) « هذا » ساقطة من أ و ح .

(٣) و (٤) في ب : « المزارعة » .

(٥) في أ و ح : « وقتها » . وفي اكذا : « لا وقتها » .

(٦) « أنه » من أ و ح .

(٧) « على » ليست في ح .

(٨) في ب و ح : « ثمرة تخرج » . وفي أ : « الثمرة تخرج » .

(٩) الفاء من أ .

أو دفع أرضاً فيها أصول رطبة نابتة ، ولم يسم المدة : < ف > إن كان شيئاً ليس لا ابتداء نباته ^(١) ، ولا لا انتهاء جزه ، وقت معلوم : لا يجوز . فأما إذا كان وقت جزه ^(٢) معلوماً : فإنه ^(٣) يجوز ، ويقع على وقت ^(٤) جزء واحدة ، كما في الشجرة المثمرة ^(٥) .

ولو ^(٦) دفع إليه نخلاً فيها طلع ^(٧) وبُسْر ^(٨) أحمر أو أصفر أو أخضر ^(٩) : فإنه يجوز ، وإن لم يبين الوقت ، لأن وقت إدراكه معلوم . ولو دفع إليه ^(١٠) البُسْر وقد ^(١١) تناهى عظمه ، لكن لم يصِر ^(١٢) رطباً بعد - لا يجوز ، لأنه لم يبق للعامل عمل يحصل به الثمر ^(١٣) .

(١) في ا و ح : « لنباته » .

(٢) في ح : « وقته معاروما » .

(٣) « فإنه » من ا و ب و ح .

(٤) « وقت » من ا و ح .

(٥) في ا و ح : « في الشجر المثمر » . وراجع الصفحة السابقة .

(٦) في ا و ح : « أو » . وفي ب : « إذا دفع إليها النخل » .

(٧) الطاع ما يطعم من النخلة وهو السك قبل أن ينشق . ويقال لما يبدو من السك : طلع أيضاً . وهو شيء أبيض يشبه باو نه الاثنان وبراثنته المني . وأطاع النخل خرج طلمه (المذرب) .

(٨) في ا و ب و ح : « أو بسر » - والبُسْر التمر إذا لون ولم ينضج (المنجد) . أوله طلع . ثم خلال ثم يبلع ثم يسر ثم رطب ثم تمر - الواحدة بُسْرَة وبُسْرَة والجمع بُسْرَات (النووي ، التهذيب) .

(٩) « أو أخضر » من ا و ب و ح . وليس في ب : « أو أصفر » .

(١٠) « إليه » من ا و ح .

(١١) « قد » من ا . وفي ب : « دفع والبسر قد » . وانظر الهامش التالي .

(١٢) « البسر ... لم يصِر » ليست في ح وموضعها فيها بياض .

(١٣) في ب و ح : « النمو » . وفي ا كذا : « الثمن » .

وكذا الجواب في دفع الزرع مزارعة^(١) : إن كان بقلا لم يستحصد :
جاز ، وإن استحصد : لا يجوز ، لما قلنا .

ومنها - إذا شرط^(٢) على العامل^(٣) شرطا يبقى منفعته إلى السنة الثانية ،
وقد دفع الأرض مزارعة سنة^(٤) ، كحفر الآبار الصغار^(٥) والآبار^(٦)
ووضع المِسْنَاة^(٧) : تفسد المزارعة ، وإن كان في موضع لا يبقى : يجوز .
وعلى هذا - إذا شرط^(٨) الكراب^(٩) : لا تفسد ، لأنه لا^(١٠) تبقى
منفعته في السنة الثانية^(١١) ، وإن شرط الثنيان^(١٢) : تفسد^(١٣) - < و > بعضهم
قالوا : أراد به تثنية الكراب مرتين ومرارا ، وهذا تبقى منفعته في^(١٤) السنة
الثانية . ومنهم من قال : أراد به أن تثني الكراب^(١٥) بعد انقضاء مدة^(١٦)

(١) في ا و ح : « وكذا الجواب في جواب الزرع مزارعة » . وفي ب : « وكذا الجواب
في دفع المزارع مرة » .

(٢) « ومنها » ليست في ا وفيها : « وأما إذا شرط » .

(٣) « على العامل » من ب .

(٤) « سنة » من ا و ب و ح .

(٥) « الصغار » من ا و ب و ح .

(٦) « والآبار » ليست في ب .

(٧) المِسْنَاة حائط يبنى في وجه الماء ويسمى السد (المصباح) .

(٨) في ب : « شرطا » . وفي ح : « اشترط » .

(٩) كرب الأرض كرابا قلبها للحرث (المغرب) .

(١٠) « لا » ليست في ا و ح .

(١١) « الثانية » ليست في ب .

(١٢) كذا في ب . وفي الأصل : « الثنيان » . وفي ا و ح : « الثنات » . وفي الكاساني

(٦ : ١٨١ - ٢١ - ٣٣) : « التثنية » و « الثنيان » . وانظر فيما بعد ص ٤٥٣ فيها : « وثنيان » .

(١٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « يفسد » .

(١٤) في ب : « إلى » .

(١٥) « مرتين ومرارا » . الكراب : ليست في ا و ح .

(١٦) « مدة » من ا و ب و ح .

المزراعة^(١)، حتى يرد الأرض مكروبة إلى صاحبها، وهو شرط مفسد .
ثم شرط الكراب إذا لم يكن مفسدا - هل يلزم المزارع^(٢) ؟
فنقول : يلزم بالشرط ، لأنه سبب لزيادة الغلة ، فصار كمن اشترى جارية
على أنها خبازة أو كاتبة - فيجبر^(٣) على الكراب أو امتنع .

ولو عقد المزارعة مطلقا ، هل يجب الكراب على العامل ؟ إن كان
بحال يخرج الأرض زراعا معتادا من غير كراب : لا يلزمه^(٤) ، وإن كان
لا يخرج زراعا معتادا : فإنه يجبر عليه ، وإن كان يخرج شيئا قليلا ، لأنه
وجب عليه مطلق عمل الزراعة^(٥) ، فيقع على أدنى عمل^(٦) معتاد ، فأما
غير المعتاد من الزرع القليل : < ف > لا عبرة به .

وكذا السقى : يجب عليه إذا كان لا يخرج زراعا ، معتادا ، بماء السماء وحده .
ولو دفع على أنه : « إن زرع بكراب ، فله كذا . وإن ثنى^(٧) فله
كذا . وإن زرع بغير كراب وثنيان ، فكذا^(٨) » - صح العقد ، في
ظاهر الرواية .

(١) في أ و ح : « الزراعة » .

(٢) في ب : « هل تلزم المزارعة » .

(٣) في أ و ح : « فإنه يجبر » .

(٤) في أ و ح : « لا يلزم » .

(٥) في أ و ب و ح : « عمل المزارعة » .

(٦) في ح و ب : « على أداء عمل » .

(٧) في ب كذا : « وإن بنى » . راجع الصفحة السابقة

(٨) في أ و ح : « وثنيان فله كذا » . راجع الكاساني ، ١٨١ : ٢٧٠ .

وكذا إذا قال: «إن»^(١) زرع حنطة فله كذا^(٢)، وإن زرع شعيراً فله كذا^(٣)، - فهو على هذا أيضاً^(٤).

ومنها - أن يشترط الحصاد، والدياس^(٥)، والتذرية^(٦)، والحمل إلى موضع البيدر^(٧): فهو شرط^(٨) مفسد للعقد، في ظاهر الرواية، وروى عن أبي يوسف أنه شرط صحيح - وهو قول مشايخ^(٩) خراسان. وأما شرط الحمل، بعد القسمة، إلى منزل صاحب الأرض: فهو مفسد بالاتفاق.

ومنها - التخلية بين الأرض والمزارع: شرط الصحة، وقد ذكرنا.

• • •

وأما المعاني التي تجعل عذراً للفسخ، أو تجعل عذراً في الامتناع عن العمل أو حق أخذ الأرض^(١٠) - فنقول:

إذا عقد عقد المزارعة، ثم أراد أحدهما الامتناع:

(١) «قال إن» من أ. ففي غيرها: «وكذا إذا زرع».

(٢) و(٣) هكذا في أ و ح. وفي الأصل: «فكذا». وفي ب: «فله كذا... فكذا».

(٤) في أ و ح: «فهو صحيح أيضاً».

(٥) الدياس مثل الدرّاس (المصباح). وقد استعمل الفقهاء «الدياس» استعمال الدياسة،

الدياسة في الطعام أن يوطأ بقوائم الدواب أو يكرر عليه المدوس حتى يصير تبناً (المغرب).

(٦) «والتذرية» من أ و ب و ح.

(٧) بيدر الحنطة كومها. والبيدر هو الموضع الذي يجمع فيه الحصيد ويداس (المتجد).

(٨) «شرط» من أ و ح. وفي أ: «فهو شرط فاسد للعقد».

(٩) «مشايخ» ساقطة من ب.

(١٠) «أو حق أخذ الأرض» من أ و ب و ح.

< ف > إن كان صاحب البذر : له ذلك ، لأنه لا يمكنه الشروع ، إلا بعد إتلاف ملكه ، وهو البذر .

وإذا لم يكن صاحب البذر : ليس له ذلك ، إلا بعد يفسخ^(١) به العقد .
ولومات أحدهما : < ف > للآخر أن يتمتع إن كان قبل الشروع .
وبعد الشروع : يفسخ العقد ، عندنا - خلافا للشافعي ، على التفصيل الذى نذكر^(٢) .

والأعذار الموجبة حق الفسخ^(٣) - فى جانب صاحب الأرض هو الدين^(٤) الذى لا وجه لقضائه إلا بضمن الأرض ، أو كون العامل جانيا^(٥) .
وفى جانب العامل هو المرض الذى يعجزه عن العمل ، والسفر^(٦) ، ونحو ذلك .

ثم إذا فسخ أو ترك العقد ، وقد عمل فيها العامل من الكراب ، وكرى السواقى ، ونحوها^(٧) : فإنه لا يأخذ شيئا من صاحب الأرض ،

(١) فى ب : « يفسخ » .

(٢) انظر الصفحة التالية والى بعدها .

(٣) فى ا و ح : « الموجبة للفسخ » .

(٤) « الدين » من ا و ب و ح .

(٥) « أو كون العامل جانيا » هذه العبارة لم ترد فى الكاسانى (١٨٤ : ٦ - ٣ - ٥)
ووردت فى ا و ح فى آخر السطرين اتالين فى الاعذار الموجبة للفسخ فى جانب العامل . ففيها :
« أو السفر أو كون العامل جانيا ونحو ذلك » . وانظر الهامش التالى .

(٦) هكذا فى ا و ب و ح . والكاسانى (١٨٤ : ٦) . وفى الاصل كذا :

« والسقى » . ولكن فى ا و ب و ح : « أو السفر » . وراجع الهامش السابق .

(٧) « ثم إذا فسخ ... السواقى ونحوها » ساقطة من ح . وفى ا : « ثم إذا أراد فسخ

وترك العقد وقد عمل فيها العامل من الكراب وكذا السواقى ونحوها » .

لأنه لا قيمة للمنافع ، وهما قوماها بالخارج ، وقد بطل سبب الاستحقاق ،
بالفسخ- لكن هذا فى الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى : < فـ > عليه
أن يرضى العامل بإعطاء عوض عمله .

. . .

ثم بيان كيفية الفسخ بموت أحد^(١) العاقدين - فنقول :

إن مات رب الأرض ، والزراع بقل^(٢) ، وقد عقد المزارعة^(٣) ثلاث
سنين^(٤) - فإنه يبقى العقد فى هذه السنة ، لهذا الزرع^(٥) ، وليس لورثة
رب الأرض أخذ الأرض ، ولكن تترك الأرض فى يد المزارع حتى
يستحصد ، فإذا استحصد^(٦) قسموه على شرطهم ، وتنقض^(٧) المزارعة ،
فيمابقى من السنين ، وإنما بقينا العقد نظرا للجانبين شرعا .

ولو مات المزارع ، والزراع بقل : < فـ > إن كان ورثة المزارع
قالوا : « نحن نعمل » : < فـ > ليس لصاحب الأرض أن يقطع . وتبقى
المزارعة حكما^(٨) . فأما إذا قال ورثة المزارع : « نحن لا نعمل ، ولكن

(١) « أحد » من أ .

(٢) « والزراع بقل » من ب . وفى الكاسانى (٦ : ١٨٥ : ١١) : « ونبت الزرع

وصار بقلأ .

(٣) هكذا فى أ و ب و ح . وفى الأصل : « الزراعة » .

(٤) كذا فى أ : « المزارعة مدة سنين » .

(٥) « لهذا الزرع » من أ و ب و ح .

(٦) كذا فى أ و ب و ح . وفى الأصل : « استحصده » .

(٧) فى ب : « وتنقضى » . وفى ح : « وينقض » .

(٨) فى أ و ح : « ويبقى الزرع حكما » .

نقلع الزرع، والبقل بيننا « - لا يجبرون على العمل ، ويقال لصاحب الأرض :
« اقلع فيكون بينكم ، أو ^(١) اعطهم قيمة حصتهم والزرع كله لك ، أو ^(٢)
أنفق على حصتهم وتكون نفقتك في حصتهم .

فأما إذا انقضت المدة ^(٣) من غير موت المزارعين ، والزرع بقل -
انتهى عقد المزارعة ، ولكن الزرع مشترك بينهما ^(٤) ، فيكون العمل عليهما
إلى أن يستحصد ، وعلى المزارع أجر مثل ^(٥) نصف ^(٦) الأرض .

وعلى هذا في ^(٧) مدة الإجارة والعارية : إذا انقضت ، والزرع بقل ،
فإنه يجب أجر مثل الأرض ، ويترك الزرع حتى يستحصد ، نظرا لهما -
بخلاف الموت : فإنه ثمة لا يجب أجر مثل الأرض ^(٨) ، لأن ثمة بقينا ^(٩)
العقد حكما ، ويكون العمل على العامل ، لا عليهما .

وعلى هذا قالوا : إزالجمال ^(١٠) إذا مات في بعض طريق مكة ^(١١) :

(١) في ب : « و » .

(٢) الهزمة من ب و ح .

(٣) « المدة » من ب . وفي الأصل و ا و ح : « السنة » .

(٤) في ب : « بينهم » .

(٥) « مثل » ليست في ب .

(٦) « نصف » من ب . وكذا في الكسانى (٦ : ١٨٤ : ٣ - ٤ من أسفل) : « وعلى

المزارع أجر مثل نصف الأرض لصاحب الأرض » .

(٧) « في » ليست في ا و ح . وفي ا : « وهذا مدة » .

(٨) « ويترك الزرع ... مثل الأرض » من ا و ح . وفي ب : « ... يستحصد نظراً أيضاً

بخلاف الثوب فإن ... » .

(٩) في ب : « يبقى » .

(١٠) في ح : « الجمال » .

(١١) في ا و ح : « في بعض الطريق » .

< ف> إن المستأجر يمضى إلى مكة بالمسمى ، لأننا بقينا العقد حكما -
كذا هذا .

وكذا إذا كان على صاحب الأرض دين فادح^(١) ، وفي الأرض
الزروع بقل : ليس له أن يبيع الأرض ، بل يبقى العقد^(٢) إلى أن
يَستخَصِد ، لما قلنا^(٣) .

(١) « فادح » ليست في أ .

(٢) « العقد » ليست في ب .

(٣) راجع الصفحة السابقة . وزاد في ب : « والله أعلم » .

كتاب الإكراه

الإكراه^(١) نوعان :

نوع يوجب^(٢) الإلجاء والاضطرار : كالتخويف^(٣) بالقتل ، وقطع العضو ، والضرب المبرح^(٤) المتوالى الذى يخاف منه التلف .

ونوع لا يوجب : كالتخويف بالحبس ، والقيد ، والضرب اليسير .

و^(٥) الذى يقع عليه الإكراه ، من الفعل والترك ، إما إن كان من الأُمور الحسية^(٦) أو من الأُمور الشرعية .

أما إذا وقع الإكراه^(٧) على الفعل^(٨) الحسبي^(٩) :

فهو أقسام ثلاثة ، فى حق الإباحة والرخصة والحرمة .

(١) فى ا و ح : « قال رحمه الله : الإكراه »

(٢) فى ب كذا : « يجب » .

(٣) فى ا كذا : « الانجاء والاضطرار لتخويف بالقتل » . وفى ح كذا : « الايحاء »

الاكراه والاضطرار كتخويف بالقتل » .

(٤) فى ب : « المتبرح » .

(٥) الواو من ا و ح .

(٦) فى ح كذا : « الحسية » .

(٧) « من الفعل والترك ... وقع الإكراه » ساقطة من ب .

(٨) « ال » من ا و ب و ح .

(٩) فى ح كذا : « الحسبي » .

أما الذي يحتمل الإباحة - كشرب الخمر وأكل الميتة والخنزير :
فإن كان الإي كراه بما^(١) يوجب الاضطراب ، وهو القتل وقطع
العضو ونحوه :

< ف > إن كان غالب^(٢) حال المكروه^(٣) أنه يقتله لو لم يشرب :
فإنه يباح له شربه وتناوله ، لأن هذا مما يباح عند الضرورة ، كما في
حال^(٤) الخمصة .

وإن كان غالب حاله أنه لا يقتله ، ولا يحقق ما^(٥) أو وعده^(٦) ، أو
كان التخويف بما^(٧) ليس فيه خوف تلف النفس ، كالحبس ، والقيود ،
والضرب اليسير : فإنه لا^(٨) يباح الإقدام^(٩) عليه^(١٠) ولا يرخص^(١١)
حتى يأثم بالإقدام عليه . لأنه يجب تقديم حق الله تعالى على حق نفسه^(١٢) .

(١) كذا في ا و ب . وفي الأصل و ح : « بما » .

(٢) في ح : « غالبا » .

(٣) في ا و ب و ح : « المكروه عليه » .

(٤) في ا : « في حالة » .

(٥) في ح : « بما » .

(٦) في ب : « أو وعده به » .

(٧) في ح : « أو كان الوعيد بما » . وفي ب : « أو كان الوعيد بما » . وفي ا : « أو كان

الذي أو وعده ليس في وعيده خوف تلف النفس كالحبس ... » .

(٨) « لا » ليست في ا و ح .

(٩) في ب : « لا يباح له الإقدام » .

(١٠) « عليه » ليست في ا .

(١١) « و » ليست في ح .

(١٢) زاد هنا في ا و ح : « أيضا » .

(١٣) في ب : « على تقديم حق نفسه » .

و^(١) في الفصل الأول : يباح - حتى لو أقدم : لا إثم عليه^(٢) . ولو لم يقدم حتى^(٣) هلك : يأثم ، لأنه صار مهلكاً نفسه^(٤) عن اختيار .
وأما الفصل الذي يرخص^(٥) فيه ولا يسقط الحرمة - كما إذا أكره بالقتل^(٦) على أن يجري كلمة الكفر على لسانه ، أو على أن يشتم محمداً صلى الله عليه وسلم^(٧) ، أو على أن يصلى إلى^(٨) الصليب - فإنه لا يباح له ذلك ، ولكن يرخص له الفعل . وإن امتنع حتى قتل^(٩) : كان مثاباً ثواب الجهاد ، لأن الحرمة لم تسقط ، بخلاف الفصل الأول .

وعلى هذا - لو أكره على إتلاف مال إنسان^(١٠) ، بما فيه خوف التلف ، وغالب ظنه أنه يفعل - فإنه يرخص ، ولا يباح^(١١) ، لأن حرمة مال^(١٢) الغير لا تسقط ، لحقه^(١٣) ، ولكن^(١٤) يرخص بالضيان ، كما في حال^(١٥) الخمصة .

(١) « و » ليست في ح .

(٢) في ا و ح : « لا يأنم عليه » .

(٣) في ح : « ولو لم يقدم عليه حتى » .

(٤) في ح : « انفسه » .

(٥) في ب : « رخص » .

(٦) في ا و ح : « بالقييد » .

(٧) « وسلم » من ا و ب و ح .

(٨) في ا و ح : « على » .

(٩) « قتل » ساقطة من ا و ح وفي ا و ب و ح : « ولو امتنع حتى قتل » .

(١٠) في ب : « مال مسلم » .

(١١) في ح : « ولا يباح له » .

(١٢) في ح كذا : « حرمة إلى » .

(١٣) في ب : « لا يسقط حقه » .

(١٤) في ا و ح : « ولا يرخص » . وفي ا تكررت العبارة : « ولا يباح له لأن حرمة

مال الغير لا تسقط لحقه ولا يرخص » مع زيادة « له » عند التكرار .

(١٥) في ب : « في حالة » .

وأما الفصل الثالث - < ف > لا يباح ولا يرخص ، وإن كان يخاف القتل على نفسه ، كما إذا أكره بالقتل على أن يقتل فلانا المسلم ^(١) ، أو يقطع عضوه ، أو يضربه ضربا يخاف فيه ^(٢) التلف . وكذا في ضرب الوالدين على وجه يخاف منه ^(٣) التلف ^(٤) ، لأن القتل حرام محض ، وضرب الوالدين كذلك ، فلا يسقط ، لأجل حقه . ولو فعل : فإنه يَأثم في الآخرة .

. . .

وأما أحكام الدنيا من القود والضمان - فنقول :
في الإكراه على إتلاف مال الغير : يجب الضمان ، على المكره ، بلا خلاف .

وأما في القتل خطأ ، وعمدا : < ف > يكون الحكم على المكره عند أبي حنيفة ومحمد ، ويصير ^(٥) المكره آلة ^(٦) ، ويصير قاتلا ^(٧) ، فيكون الحكم عليه . وعند أبي يوسف : تجب الدية على المكره ، ولا يجب القود أصلا . وعند الشافعي : يجب على المكره والمكره جميعا القود . وعند زفر : على المكره - والمسألة معروفة .

(١) « المسلم » ليست في ا و ح .

(٢) في ب : « منه » .

(٣) « منه » من ب .

(٤) « وكذا في ضرب الوالدين . . . التلف » ليست في ا و ح .

(٥) في ح كذا : « ويصر » .

(٦) في ح : « آلة له » . وفي ب : « له آلة » .

(٧) في ب : « ويكون قابلا » .

وكذا في الإكراه على القطع : على هذا الخلاف .

هذا إذا لم يأذن المكره عليه ، للمكره ، على ما أكره .

أما إذا أذن له بقطع اليد ، والقتل ^(١) : < ف > لا يباح للمكره ذلك ، لأنه لا يباح ^(٢) بالإباحة والإذن - ولكن في القطع : لا يجب الضمان على أحد ^(٣) ، لوجود الإذن من جهته ، وفي القتل : لا عبرة لإذنه ، بل تجب الدية على المكره ، كما لو لم يوجد الإذن ^(٤) - هذا ^(٥) جواب ظاهر الرواية - وفي رواية : لا ^(٦) يجب .

ولو ^(٧) أكره على الزنا ، بالقتل - لا يباح ، ولا يرخص للرجل ، ويرخص للمرأة .

وكان أبو حنيفة يقول ^(٨) أولا ^(٩) : إنه لا يجب الحد ، ثم رجع وقال : فإن ^(١٠) كان الإكراه ^(١١) من السلطان ^(١٢) : لا يجب الحد ،

(١) في ا و ح : « والقيد » .

(٢) في ب : « لا يباح له » .

(٣) في ب : « على الأخذ » .

(٤) « من جهته وفي القتل ... الإذن » من ب . وفي ا و ح : « من جهته وفي القتل لا عبرة لإذنه بل يجب عليه الدية كما لم يوجد الإذن » .

(٥) في ب : « وهذا » . وفي ا و ح : « وهو » .

(٦) « لا » من ا و ب و ح . وفي ب : « أنه لا يجب » .

(٧) في ب : « وإن » .

(٨) « يقول » ساقطة في ا .

(٩) « أولا » من ب .

(١٠) في ب : « إن » .

(١١) « الإكراه » من ا و ب و ح .

(١٢) في ا و ح كذا : « وكان أبو حنيفة يقول : إنه لا يجب الحد ويجب المقر . وإن كان

الإكراه من السلطان » - وانظر الهامش التالي .

ويجب المقر . وإن كان من غيره : يجب الحد .

وعندهما : لا يجب الحد ، ويجب المقر ^(١) - كيفما كان .

. . .

وأما الإكراه على الأمور ^(٢) الشرعية :

فنوعان في الأصل : إما إن ورد الإكراه على إنشاء التصرف ، أو على الإقرار ^(٣) به .

أما إذا ورد ^(٤) على إنشاء :

فهو على وجهين :

إن كان تصرفاً يحتمل الفسخ ، ويشترط فيه الرضا ، كالبيع والشراء والإجارة ونحوها ، والإكراه بأى طريق كان - فإنه يكون التصرف فاسداً : إن اتصل به التسليم : يفيد ^(٥) الملك ، وإلا فلا .

وعلى قول زفر : يكون موقوفاً على إجازة المكره - والمسألة معروفة . وهذا إذا باع ^(٦) أو اشترى بالثمن الذى أكره عليه .

فأما إذا باع بخلاف جنسه : ينفذ ، ويخرج عن الإكراه ، لأنه

(١) « وإن كان من غيره ... ويجب المقر » ليست فى ب قفها : « ثم رجع وقال : إن كان الإكراه من السلطان : لا يجب الحد ، ويجب المقر - كيفما كان » - راجع الهامش السابق .

(٢) فى ب كذا : « الأموال » .

(٣) فى ب : « لإقرار » .

(٤) فى ب : « كان ورد » .

(٥) فى أ وح كذا : « تعدد » .

(٦) فى أ وح : « باع شيئاً » .

أتى^(١) بغير ما أكره^(٢) عليه^(٣). وإن^(٤) باع بأقل من ذلك الثمن^(٥) :
 < ف > القياس أن ينفذ ، ولا يكون مكرها ، وفي الاستحسان : يكون
 مكرها . وإن باعه بأكثر من ذلك الثمن^(٦) : يكون طائما .
 وإن كان نهرفا لا يحتمل الفسخ ، كالطلاق ، والعتاق ، والنكاح ،
 واليمين^(٧) ، والنذر ، ونحوها : فإنه ينفذ التصرف ، عندنا - خلافاً
 للشافعي ، والمسألة معروفة .

ثم الطلاق - إن كان قبل الدخول بها^(٨) : يلزمه^(٩) نصف المهر
 المسمى^(١٠) . والمتعة في غير المسمى : على المكره ، لأنه وجب عليه بسبب
 إكراهه^(١١) . وإن كان بعد الدخول : يجب على الزوج^(١٢) المكره ،
 لأنه استوفى منفعة البضع .

وأما في العتاق^(١٣) - < ف > يجب الضمان على المكره ، سواء كان

(١) « أتى » ليست في أ .

(٢) في ب كذا : « ما كره » .

(٣) « عليه » من أ و ب و ح .

(٤) في أ و ح : « فأما إذا » .

(٥) و (٦) « الثمن » ليست في ب .

(٧) « واليمين » ليست في أ .

(٨) « بها » ليست في أ و ح .

(٩) في أ و ب و ح : « يلزم » .

(١٠) في ب كذا : « في المسمى » . و « المسمى » ليست في أ .

(١١) في ح و أ : « الكراهية » .

(١٢) « الزوج » من أ و ب و ح .

(١٣) « في » ليست في أ .

موسراً أو معسراً ، ولا يسمى العبد في ذلك ، ويكون الولاء للمعتق المكره^(١) ، لأن العتق^(٢) حصل بفعل المكره ، لكن جعل^(٣) ذلك إتيافاً من المكره ، فعليه قيمته .

وفي النكاح - إذا أكرهت المرأة على التزويج بألف ، ومهر مثلها عشرة آلاف : فالنكاح صحيح ، ويقول القاضي للزوج^(٤) : « إن شئت تم^(٥) لها مهر مثلها ، وإلا فرقت بينكما ، إن لم ترض المرأة إن كان الزوج كفوا لها^(٦) . وتخير المرأة إن كان^(٧) غير كفء ، وإن تم لها مهر مثلها . وإن رضيت المرأة بنقصان المهر ، وعدم الكفافة - يثبت الخيار للأولياء في عدم^(٨) الكفافة بالاتفاق ، وفي نقصان المهر عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما - هذا إذا كان قبل الدخول . فإن^(٩) كن بعد الدخول ، وهي غير^(١٠) مكرهة في التمكين : يجوز النكاح ، لوجود الرضا ، دلالة ، ويسقط الخيار للمرأة^(١١) ، ويبقى الخيار للأولياء . وإن فرق القاضي

(١) « سواء كان موسراً ... للمعتق المكره » ليست في ب .

(٢) في ح : « لافي العتق » .

(٣) في أ : « لكن حصل » . وفي ح : « لكى حصل » .

(٤) « للزوج » ليست في أ و ح .

(٥) في ب : « تم » . وفي ح : « كذا » : « تجى » .

(٦) « لها » من أ و ح .

(٧) في أ و ح : « إن كان الزوج » .

(٨) في أ و ح : « لعدم » .

(٩) في أ و ح : « ولن » .

(١٠) « غير » من أ و ب و ح .

(١١) « للمرأة » ليست في أ و ب و ح .

بينهما : فلا شيء عليه قبل الدخول ، لأن الفرقة جاءت من قبلها .

. . .

وأما إذا أكره على الأقارب :

< ف > لا يصح ^(١) ، سواء كان بالمال ، أو الطلاق ، أو ^(٢) العتاق ، ونحو ذلك ، لأن الإقرار إخبار ، والخبر الذي ترجح ^(٣) كذبه ، لا يكون حجة ، والإكراه دليل رجحان الكذب .

. . .

ولكن هذا إذا كان ^(٤) الإكراه بوعيد ^(٥) شيء معتبر عند الناس ، حتى يكون ^(٦) نافيا للضرر ^(٧) . ويختلف ^(٨) باختلاف حال المكره ^(٩) من الشرف والدناءة ^(١٠) ، والضعف والقوة ، حتى قال أصحابنا بأن السوط ^(١١) الواحد والقيّد والحبس في اليوم الواحد ^(١٢) إكراه في حق بعض الناس ، وليس بإكراه في حق البعض ، فيكون مفوضا إلى رأى

(١) « لا يصح » ليست في ب .

(٢) الهمزة من ا و ح .

(٣) في ا و ح : « يرجح » .

(٤) في ب كذا : « كاف » .

(٥) في ا و ح كذا : « توعيد » .

(٦) أى بفعل الشيء الذي أكره عليه .

(٧) في ب : « للضرر » . وفي ا و ح : « باقيا للضرورة » .

(٨) في ح و ا : « ويكون » .

(٩) في الأصل و ب : « المكره عليه » . وراجع الهامش التالي .

(١٠) في ا و ح كذا : « باختلاف المكره من الشرف الزيادة » .

(١١) في ا كذا : « لأن الشرط » .

(١٢) « الواحد » ليست في ا و ح .

القاضي المجتهد ، لاختلاف أحوال الناس فيه ^(١) .

ولو أكره رجل على قتل وارثه ، بإكره يوجب الإلجاء ^(٢) ، فإنه لا يحرم عن ^(٣) الميراث ، وإن كان لا يباح له الإقدام على قتله ، لأنه ^(٤) مضطر فيه .

ولو أكره رجل على شراء ذى رحم محرم ^(٥) منه ، حتى عتق - لا يجب على المكروه شيء ، لأن الشراء يصح بمثل القيمة ، والزيادة عليه لا تجب ، و ^(٦) الاعتاق وشراء القريب سواء فى ثبوت العتق ، إلا أنه لا تجب القيمة ههنا ، لأنه حصل له عوض ^(٧) وهو صلة الرحم .

ولو أكره على شراء عبد قل له ^(٨) : « إن ملكتك فأنت حر » ، فاشتراه ، وقبضه حتى عتق عليه : لا يضمن المكروه ، لأنه ^(٩) مباشر الشرط ^(١٠) ، فإن العتق باليمين ^(١١) يقع .

(١) « فيه » ليست فى ا و ح .

(٢) فى ح كذا : « موجب الاجا » . وفى ا كذا : « موجب الانجا » .

(٣) « عن » ليست فى ح .

(٤) « نه » فى « لأنه » ساقطة فى ا ففها كذا : « لامضطر » .

(٥) فى ا و ب و ح : « ذى الرحم المحرم منه » .

(٦) « و » ليست فى ح .

(٧) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل تشبه : « عرض » .

(٨) « له » ليست فى ح .

(٩) فى ح : « على أنه » .

(١٠) فى ا و ب و ح : « للشرط » .

(١١) فى ا و ح : « باليمن » .

وكذا لو قال لعبدته : « إن دخات هذه الدار فأنت حر » - فأكره
على أن يدخل الدار ، فدخل ، فمتمق : لا يضمن^(١) ، لأنه مباشر
للشرط ، دون العلة .

. . .

ثم الإكراه عند أبي حنيفة إنما يصح من السلطان لا غير .
وعندهما : يصح من كل مسلط^(٢) ، له قدرة تحقيق^(٣) ما وعد^(٤) .
وقيل : إن هذا اختلاف زمان ، لأن في زمن أبي حنيفة كان^(٥) لا يقدر
على الإكراه إلا السلطان ، وفي زمانها تغير <ت> الأمور^(٦) فأجاب
كل واحد^(٧) على حسب زمانه .

وبعضهم حققوا الاختلاف من حيث المعنى .

. . .

ولو أن صبيا مسلطا ، بأن كان سلطانا^(٨) ، أكره^(٩) رجلا^(١٠) ،

(١) في ا و ب و ح : « يتمق ولا يضمن » .

(٢) في ب : « مسلط » .

(٣) في ا و ح : « تحقق » .

(٤) في ا و ب : « ما أوعده » وفي ح : « ما أوعده » .

(٥) « كان » ليست في ا و ح .

(٦) في ب : « تغير الأمر » . وفي ح : « يتغير الأمور » .

(٧) « واحد » ليست في ا و ح . وفي ب : « كل واحد منها » .

(٨) في ب : « فإن كان سلطانا » .

(٩) في ا و ب و ح : « فأكره » .

(١٠) « رجلا » من ا . وفي ب و ح : « رجل » .

بالقتل ، على القتل ، ونحوه^(١) - فالجواب فيه ، وفي البالغ ، سواء ، لأنه
تحقق منه الايِّ اراه له^(٢) .

وكذا^(٣) إذا كان رجل به^(٤) مرّة^(٥) يختلط العقل به ، وهو
مسلط^(٦) : يجوز إكراهه ، كالعاقل ، سواء^(٧) و^(٨) .

(١) « ونحوه » ليست في ا و ح .

(٢) « له » من ا و ب و ح .

(٣) « وكذا » ليست في ا و ح .

(٤) « رجل به » من ا و ح . وفي ب : « رجلا به » .

(٥) كذا في الاصل و ا و ب و ح : « مرة » - والمرّة : زاج . من أمزجة البدن (القاموس) . وفي

الكاساني (٧ : ١٧٦ : ٨ - ٩) : « وكذلك العقل والتمييز المطابق ليس بشرط فيتحقق الإكراه من

البالغ المختلط العقل بعد أن كان مطاعا مسلطا » .

(٦) « وهو مسلط » من ا و ب و ح . راجع الهامش السابق

(٧) « سواء » ليست في ا و ح .

(٨) زاد في ب : « والله تعالى أعلم » .

كتاب

القسمة

القسمة^(١) في الأملاك المشتركة^(٢) نوعان: قسمة الأعيان، وقسمة المنافع وهي المهايأة .

أما قسمة الأعيان المشتركة

< ف > مشروعة^(٣) - عرفنا شرعيتها^(٤) بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنه قسم خيبر بين الغامنين . وعليه توارث^(٥) الأئمة .

والأعيان المشتركة قد^(٦) تكون أمثالاً متساوية - فقسمتها تكون تمييزاً لأَنْصِبَاءٍ لا غير ، مثل المكيل والموزون والعددي المتقارب . وقد تكون أشياء مختلفة ، مثل الدور والعقار والعروض والحيوان - وقسمتها تكون في معنى البيع .

ثم القسمة قد تكون من القاضى وأمينه بإذنه ، وقد تكون من الشركاء عند التراضى .

(١) كذا في ب . وفي ا و ح : « قال رحمه الله : القسمة » . وفي الأصل « قال : القسمة » .

(٢) « في الأملاك المشتركة » ليست في ا - ففيها : « القسمة نوعان » .

(٣) « مشروعة » ليست في ا و ح .

(٤) في ا و ب و ح : « مشروعتها » .

(٥) في ح : « توارثت » .

(٦) في ح و ا : « وقسمة الأعيان قد » .

فإن كانت القسمة من القاضي عند المرافعة إليه ^(١) :

فإن كان في ذلك منفعة لهم : فإنه يقسم . وإن كان فيه ضرر أو ^(٢)
لا حاجة لهم إلى ذلك : فإنه لا يفعل ، وإن تراضيا عليه ، ولكن يفوض
الأمر إليهم حتى يقسموا بأنفسهم - فإن الحمام المشترك بين اثنين إذا
طلبا من القاضي القسمة لا يقسم ، لأن في القسمة ضرراً ^(٣) ، لأنهما
يتضرران بذلك ، لأنه لا يمكن الانتفاع بيمض الحمام دون البعض . ولو
قسما بأنفسهما : جاز ، لولايتهما على أنفسهما .

وكذا < في > البيت الواحد ، والثوب الواحد ، والجوهرة
الواحدة : لا تجوز القسمة من القاضي ^(٤) . ولو طلبا ^(٥) منه القسمة :
لا يفعل ، ولو قسما بأنفسهما : جاز .

وكذا دار بين اثنين ، لأحدهما فيها شقص قليل : إن طلب صاحب ^(٦)
القليل : لا يقسم ، لأنه لا فائدة له ^(٧) فيه ، فبكون متعتاً . وإن طلب
صاحب الكثير : يقسم ، لأن له حاجة في ذلك ويدفع ^(٨) الضرر عن نفسه ،
ولو قسما بأنفسهما : جاز ، لما قلنا ^(٩) .

(١) « إليه » من ا و ب و ح .

(٢) « أو » ليست في ب . وفي ا و ح : « و » .

(٣) « لأن في القسمة ضرراً » من ا و ب . وفي ح : « لأن القسمة ضرر » .

(٤) في ا و ح : « لا تجوز قسمته للقاضي » . وفي ب : « لا تجوز قسمته من القاضي » .

(٥) في ب : « ولو طلب » .

(٦) « صاحب » ساقطة من ح وفيها : « وإن طلب القليل » .

(٧) « له » من ا و ب و ح .

(٨) في ا و ح : « يدفع » .

(٩) أي لولايتهما على أنفسهما (راجع السطر السابع من هذه الصفحة) .

نعم المفسوم لا يخلو : إما إن كان دوراً أو عقاراً ، أو منقولاً :
 فإن كان عقاراً ، وهى فى يد الجماعة ^(١) ، وطلبوا القسمة من القاضى - فإن
 قالوا : «هى بيننا ميراث عن فلان» : فإن عند أبى حنيفة : لا يقسم حتى يقيموا
 البينة على موت فلان ، وعلى عدد الورثة - وعندهما : يقسم بإقرارهم ، ويشهد
 أنه قسمها بإقرارهم .
 وإو كان ذلك فى عروض أو شئ منقول : فإنه يقسم بإقرارهم ،
 بالاتفاق .

وكذا إذا أقروا بكون العقار بينهم ، ملكاً ^(٢) مطلقاً ، ولم يدعوا
 انتقال الملك فيهما من واحد ^(٣) : فإنه يقسم بينهم ، بإقرارهم ، بالإجماع ^(٤) .
 وإن ادعوا أنهم اشتروا من فلان الغائب : < ف > فى رواية الأصل :
 لا يقسم حتى يثبتوا الانتقال من الغائب ، وفى رواية : يقسم بإقرارهم .

وهذا إذا لم يكن فى الورثة غائب كبير أو صغير لا ولى له ، فأما
 إذا كان فى الورثة كبير غائب أو صغير : فعند أبى حنيفة : لا يقسم على
 كل حال . وعندهما : ينظر : إن كانت ^(٥) الدار فى يد الكبار الحضور : فإنه
 يقسم بينهم ، ويضع حق الغائب فى يدا مئىن يحفظه ، ويوكل عن ^(٦) الصغير

(١) فى أو ب و ح : « جماعة » .

(٢) « ملكاً » من أو ب و ح .

(٣) فى أو ب و ح : « من أحد » .

(٤) فى ب : « بالاتفاق » .

(٥) كذا فى أو ب و ح . وفى الأصل : « كان » . وانظر ما يلى فى المتن .

(٦) فى ب : « على » .

رجلا حتى يحفظه. وإن كانت ^(١) الدار في يد الغائب أو في يد الصغير أو في أيديهما منها شيء، فإنه لا يقسم حتى تقوم ^(٢) البينة على الميراث وعدد الورثة، بالاتفاق.

. . .

ثم إذا قامت البينة على الميراث ينظر : إن كان الحاضر اثنين فصاعدا، والغائب واحد أو أكثر، و ^(٣) فيهم صغير : فإن القاضى يقسم بينهم، ويعزل نصيب كل صغير وغائب، ويجعل في يد أمين يحفظه .

ولو كان هذا في ملك مطلق، وشريك كان حاضرا، وشريك غائب : فالقاضى لا يقسم، لأن القاضى له ولاية في الجملة، في مال مشترك بين الورثة، فيكون قضاء على الحاضر، < ولا ولاية ^(٤) له ^(٥) على مال الغائب مقصودا، فلا ^(٦) يقسم من غير أن يحضر من يقوم مقامه .

ولو حضر وارث ^(٧) واحد، وغاب الباقيون، وطلب ^(٨) القسمة : فإن القاضى لا يقسم، لأن القسمة لا تصح إلا بين المتقاسمين الحاضرين ^(٩) . ولو كان وارث كبير حاضر، وهناك وارث صغير : نصب القاضى

(١) في ب : « كان » .

(٢) في ا وب : « حتى يقيموا » . وفي ح : « حتى يقيم » .

(٣) « و » ليست في ب .

(٤) في الأصل واوب : « أما لا ولاية » . وفي ح : « أما الولاية » .

(٥) « له » ليست في اوب و ح .

(٦) في ح : « ولا » .

(٧) « وارث » ليست في ا و ح .

(٨) في ب : « وطلبت » .

(٩) في ب : « متقاسمين عاضرين » .

له وصيا ، وقسم ، لأنه حضر ^(١) المتقاسمان وطالب أحدهما القسمة ، فإنه يحكم بالقسمة على أحدهما للطالب .

ولو قسم دارا ^(٢) بين شريكين ، وفيها مسيل ^(٣) الماء والطريق ونحوهما : < ف > إن قسم مطلقاً وأمكن أن يجعل في نصيب كل واحد منهما ^(٤) طريقاً ومسيل ماء : فإنه تصح القسمة في الكل . وإن كان لا يمكن < جعل > الطريق في ملك أحدهما ، بل يحتاج إلى تسهيل الماء والاستطراق في نصيب شريكه ^(٥) : < ف > إن ذكر القاسم في القسمة : «إني قسمت الدارين بينهما بحقوقها» ^(٦) - فإنه يبقى مشتركاً بينهما ^(٧) ، فيكون له حق تسهيل الماء والاستطراق في نصيب شريكه ^(٨) .

وإن لم يذكر الحقوق : تنقض ^(٩) القسمة ، ويكون ذلك غلطاً من القاسم ، لأنه لا يمكن حل واحد منهما ^(١٠) من الانتفاع به بدون الطريق .

(١) في ح : « حاضر » .

(٢) في ح : « دارين » . انظر فيها بلي الهامش ٦

(٣) في ا و ب و ح : « سبيل » .

(٤) « منها » من ا و ب و ح .

(٥) « بل ... شريكه » من ا و ب و ح .

(٦) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « بحقوقها » . راجع الهامش ٢ .

(٧) هكذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « بينهم » . وفي ا و ح : « أن يذكر القاسم

في القسمة : إني قسمت الدارين بينهما بحقوقها - فإنه يبقى مشتركاً بينهما » وردت قبل : « بل يحتاج إلى تسهيل » المتقدمة .

(٨) « فيكون له ... شريكه » من ا و ب و ح .

(٩) في ا و ب و ح : « تنقض » .

(١٠) « منها » من ا و ب و ح .

ولو قسم دورا^(١) بينهم ، وجعل لكل واحد نصيبه فى دار واحدة ، سواء كانت متلاصقة أو فى بلدة أو فى بلاد : لا يجوز عند أبى حنيفة ، وعندهما : إن كان يمكن^(٢) التعديل فى القسمة^(٣) فى ذلك - فلا بأس به .

وعلى هذا قسمة الرقيق ، بأن جعل^(٤) نصيب كل واحد فى عبد : لا يجوز عند أبى حنيفة ، وعندهما : جائز .

فأما فى المنقول سوى الرقيق^(٥) - إذا كان جنساً واحداً ، مثل الإبل والبقر ، والغنم ، والمكيل ، والموزون : فإنه جائز ، بلا خلاف ، لأن التفاوت يسير .

فأما إذا جعل لأحدهم^(٦) الإبل ، وللآخر الغنم^(٧) ، وللآخر البقر : لم يجز ، لاختلاف الأنواع .

وكذا فى الثياب من جنس واحد : تجوز القسمة ، وفى الأجناس المختلفة : لا تجوز . وفى الثوب الواحد : لا تجوز ، لأنه يحتاج إلى القطع ، وهو ضرر .

. . .

(١) فى ب : « دارا » .

(٢) « يمكن » من ا و ب و ح .

(٣) « فى القسمة » ليست فى ح .

(٤) فى ح : « يجعل » .

(٥) « سوى الرقيق » من ا و ب و ح .

(٦) فى ب : « لأحدهما » .

(٧) « وللآخر الغنم » من ا و ب و ح .

ثم إذا قسم الدار^(١) فإنه يقسم العَرْصَة^(٢) بالذراع^(٣). ويقسم البناء بالقيمة، ويجوز أن يجعل لأحدهما أكثر ذراعاً^(٤) من الآخر، لأن قيمته أكثر.

ثم ذكر أبو الحسن أن أبا حنيفة قال^(٥): يحتسب في القسمة كل ذراع^(٦) من السفلى الذى لا علو له، بذراعين من العلو الذى لا سفلى له. وقال أبو يوسف: ذراع من السفلى بذراع من العلو. وقال محمد: يقسم على القيمة دون الذراع^(٧).

ومشايخنا قالوا: إنما أجاب أبو حنيفة على عادة أهل الكوفة، لاختيارهم السفلى على العلو.

والعمل فى هذه المسألة على قول محمد، لاختلاف حال البلاد فى ذلك، فتعتبر القيمة.

. . .

ثم ما كان فى البيع من خيار الرؤية، وخيار الشرط، والرد بالعيب - ففى القسمة كذلك: لا يختلفان، لأنها فى معنى البيع - وهذا^(٨) إذا قسما بالتراضى.

(١) « الدار » ليست فى ا و ح .

(٢) عَرْصَة الدار ساحتها، وهى البقعة الواسعة التى ليس فيها بناء (المصباح).

(٣) فى ب : « بالذراع » .

(٤) فى ب و ح : « ذراعاً » .

(٥) « قال » من ا و ب و ح .

(٦) و (٧) فى ب : « ذراع - « الذراع » .

(٨) « والرد بالعيب ففى . . . البيع وهذا » ساقطة من ا و ح .

فأما إذا قسم القاضى - فكذلك فى العيب^(١) ، ولا يثبت خيار الرؤية ، ولا^(٢) خيار الشرط فيه^(٣) ، لأنه لو^(٤) فسخ كان للقاضى أن يقسم ثانياً ، فلا فائدة فيه^(٥) .

. . .

ولأحد الشريكين أن يحفر فى نصيبه بئراً أو بالوعة ، وإن كان يضر^(٦) بقسم شريكه^(٧) - وكذا هذا فى الجارين^(٨) .

. . .

وإذا ظهر للميت دين بعد القسمة ، أو وارث غائب ، أو طفل أدرك ولم يكن له وصى : فلهم نقض القسمة ، لأن القاسم غلط فيها . فإن كان للميت مال سوى ما قسم : يقضى منه^(٩) الدين ، ولا ينقض القسمة . وكذلك إذا قضى^(١٠) بعض الورثة الدين ، أو كفّل رجل عن صاحب الدين . وكذا لو ظهر الدين للوارث الذى قسم ، ولا تكون^(١١)

(١) « فى العيب » ساقطة من ح .

(٢) « لا » من ا و ح .

(٣) « فيه » ليست فى ا و ح .

(٤) « لو » ليست فى ا و ب و ح .

(٥) « ثانياً فلا فائدة فيه » من ا و ب و ح .

(٦) « يضر » ساقطة من ب . وفى ا و ح كذا : « يصير » .

(٧) « شريكه » ساقطة من ب .

(٨) فى ا : « فى المحارب » . وفى ح : « وكذا فى هذا المحارب » .

(٩) « منه » من ا و ب و ح .

(١٠) فى ا و ح : « قبض » .

(١١) « و » ليست فى ح .

القسمة منه إبراء للدين الذي ^(١) عليه ، لأنه ربما لا يعلم ذلك ^(٢) .
وكذلك إذا ظهرت الوصية لأجنبي ، أو < ظهر > ^(٣) ولد وارث :
فإنه تنقض القسمة ، لأن الموصى له كواحد من الورثة .

وأما المهر بآية

< ف > نوعان : من حيث المكان ، أو من حيث الزمان .
أما من حيث المكان - بأن ^(٤) كانت دارا كبيرة ، يسكن أحدهما ناحية
والآخر ناحية : جاز ، وهي قسمة المنافع ^(٥) ، ولا يشترط فيها بيان المدة .
ولو استغل أحدهما نصيبه : جاز - بخلاف العارية : فإنها ^(٦) لا تتوآجر .
وقال بعضهم : لا ^(٧) يجوز ، كما في العارية ، إلا إذا اشترطا ^(٨) الاستغلال ^(٩)
لمن شاء منهما .

وأما من حيث الزمان - بأن كانت دارا صغيرة ، يسكن ^(١٠) أحدهما

(١) « الذي » من ا و ب و ح .

(٢) في ا و ح : « بذلك » .

(٣) في ب : « للأجنبي أو لولد وارث » . وفي الأصل : « أو ولدت وارث » . وفي ا

و ح : « لأجنبي أو ولد » - راجع الكاساني ، ٧ : ٣٠ ، ٢٦ .

(٤) كذا في ب : « بأن » . وفي الأصل و ا و ح : « فإن » .

(٥) زاد هنا في ا و ب و ح : « جاز » .

(٦) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فإنه » .

(٧) « لا » ساقطة من ا و ح . وفي ب : « لا تجوز » .

(٨) في ا و ب و ح : « شرط » .

(٩) في ا و ح : « الاستعمال » .

(١٠) في ا و ب و ح : « فسكن » .

شهرًا والآخر شهرًا : جاز، وهذا فى معنى العارية - ولهذا يشترط ^(١) المدة .
 ولو آجر أحدهما : لا يجوز ، كما فى العارية .
 ولو نهايا فى الرقيق المشترك ^(٢) - فأخذ أحدهما عبداً ، والآخر عبداً :
 جاز عندهما بلا شك ^(٣) ، لأن قسمة الرقيق جائزة عندهما . وعند أبى
 حنيفة : تجوز ههنا ، لأنها قسمة المنافع ، وهى من جنس واحد .
 وفى النخيل والشجر المشترك - إذا أخذ أحدهما طائفة يستثمرها
 وينتفع بثمرها خاصة ، والآخر ^(٤) طائفة : لا يجوز . لأنها استحقاق
 المين بالاجارة ^(٥) .
 وفى الاراضى ^(٦) - يزرع أحدهما البعض ، والآخر البعض : جائز ^(٧) ،
 لأنها قسمة المنافع ^(٨) .

(١) فى ب : « شرط » . وفى ا : « تشترط »

(٢) « فى الرقيق المشترك » من ب .

(٣) فى ا و ح : « أما عندهما فلا شك فيه » . وفى ب : « أما عندهما فلا شك » .

(٤) فى ا و ح : « والآخر أخذ طائفة » .

(٥) فى ح : « لأنها استحقاق الاجارة » . وفى ا : « لأنها استحقاق بالاجارة » . وفى

الكسانى (٧ : ٣٢ - ١٧ - ٢١) : « وأما بيان محل المهايآت فنقول : لأن محلها المنافع دون

الاعيان ، لأنها قسمة المنفعة دون المين ، فكان محلها المنفعة دون المين ، حتى إنها لو نهايا فى نخل أو

شجر بين شريكين على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها لا يجوز وكذلك إذا نهايا فى

الغنم المشتركة على أن يأخذ كل واحد منهم قطيعاً وينتفع بألبانها لا يجوز ، لما ذكرنا أن هذا عقد

قسمة المنافع ، والتمر واللبن عين مال ، فلا تدخل تحت عقد المهايآت . ولو نهايا فى الاراضى المشتركة

على أن يأخذ كل واحد منهما نصفها يزرع : جاز ، لأن ذلك قسمة المنافع ، وهى معنى المهايآت .

(٦) فى ا و ح : « وفى الارض » .

(٧) « جائز » ليست فى ا و ح . وفى ب : « جاز » .

(٨) زاد فى ب : « والله أعلم » .

قال (١) :

يحتاج إلى :

بيان (٢) مشروعية الإذن ، للعبد ، في التجارة ،

وإلى تفسير الإذن ،

وإلى بيان (٣) حكم الإذن ، وما يملك (٤) به العبد من التصرف وما

لا (٥) يملك ،

وإلى بيان صحة الحجر ،

وإلى بيان حكم المأذون بعد الحجر .

أما الأول

فلما (٦) روى عن النبي عليه السلام أنه كان يحب (٧) دعوة المملوك .

(١) في ب : « قال الشيخ الإمام رحمه الله » . وفي ا و ح : « قال رحمه الله » . راجع ص ٣٩٨ .

(٢) « بيان » من ا و ب و ح .

(٣) « بيان » ليست في ح .

(٤) في ا و ح : « يملكه » .

(٥) « لا » ساقطة في ح .

(٦) في ح : « فيها » .

(٧) في ح : « يحب » . وفي الكسائي (٧ : ١٩٧ : ١١) مثل ما في المتن .

و^(١) عليه توارث الأئمة .

. . .

وأما إذن العبد الصغير العاقل ، أو^(٢) الصبي الحر العاقل - فصحيح^(٣) ،
عندنا . وعند الشافعي : لا يصح - والمسألة معروفة .

وأما تفسير الإذن - فنقول :

الإذن نوعان : خاص ، وعام^(٤) .

فأما الإذن^(٥) الخاص - فأن^(٦) يقول لعبده^(٧) : « اشتر بدرهم لهما
لنفسك^(٨) » ، أو : « اشتر كسوة لنفسك أو لفلان » ، فاشتره - فإنه يجوز ،
ويكون^(٩) مأذوناً ، في ذلك ، خاصة . والقياس أن يكون مأذوناً^(١٠) في
الأنواع كلها ، لأن الإذن بالتصرف لا يتجزأ ، وفي الاستحسان :
يقتصر^(١١) على ما أذن فيه ، لأن هذا^(١٢) من باب الاستخدام ، فلو

(١) « و » ليست في ح .

(٢) في ب : « و » .

(٣) الفاء من ب .

(٤) في ا و ح : « وعامة » .

(٥) « الإذن » من ا و ب و ح .

(٦) في ب : « أن » . وفي الأصل و ا و ح : « بأن » .

(٧) « لعبده » ليست في ب .

(٨) « لنفسك » من ا و ح .

(٩) في ب : « ويصير » .

(١٠) « مأذوناً » ليست في ب .

(١١) في ا : « أن يقتصر » .

(١٢) « هذا » ليست في ا و ح . وفيها : « لأنه » .

نقد^(١) الاذن إلى غيره ، ولم يكن قصد المولى أن يكون مأذوناً في
التجارات : لا يقدر على الاستخدام^(٢) .

وأما الاذن العام - فأن^(٣) يقول : «أذنت لك في التجارات » أو « في^(٤)
التجارة » - يصير^(٥) مأذوناً في الأنواع ، كلها^(٦) ، بلا خلاف .

أما إذا أذن في نوع ، بأن قال : « اتجر في النزع^(٧) » ، أو في بيع الطعام
أو في^(٨) غير ذلك - يصير مأذوناً^(٩) في أنواع التجارات ، عندنا .
وعند زفر والشافعي^(١٠) : يقتصر على ما سمي^(١١) .

(١) في ب : « ولو تعدى » . ولعلها الأصح .

(٢) « فلو نذر ... الاستخدام » ليست في ا و ح . وفي الكاساني (١٩١ : ٧ - ١٩٢) .
« ... لو جمل الإذن بمنه (أي بمن له ما لو قال : اشترى بدرهم لحما) لإذنا بالتجارات كلها . لصار
المأذون بشراء البقل مأذوناً في التجارة وفيه سبب استخدام المالك وبالناس حاجة إليه ، فاقصر على
مورد الضرورة » .

(٣) الفاء من ح .

(٤) « في » من ا و ب و ح .

(٥) في ا : « في التجارة أو الصناعة : يصير مأذوناً في جميع أنواع الحرف . وكذا إذا قال
في التجارة : يصير ... » .

(٦) « كلها » ليست في ا و ح . وانظر الهامش التالي .

(٧) في ح : « في البر » . وانظر الهامش بعد التالي .

(٨) كذا في ح . وفي ا : « أو غير » . وفي الأصل : « وغير » . وانظر الهامش التالي .

(٩) « في الأنواع كلها بلا خلاف ... يصير مأذوناً » ساقطة من ب .

(١٠) في ا و ب و ح : « وعند الشافعي » ولم يذكر فيها زفر . وفي الكاساني (٧ : ١٩٢) :

٣ - : « وأما إذا أذن له في نوع بأن قال : « اتجر في البر أو في الطعام أو في البقيق »
يصير مأذوناً في التجارات كلها ، عندنا . وعند زفر والشافعي رحمهما الله : لا يصير مأذوناً إلا في النوع
الذي تناوله ظاهر الإذن » .

(١١) « على ما سمي » ليست في ا .

و^(١) عليه توارث الأئمة .

. . .

وأما إذن العبد الصغير العاقل ، أو^(٢) الصبي الحر العاقل - فصحيح^(٣) ،
عندنا . وعند الشافعي : لا يصح - والمسألة معروفة .

وأما تفسير الإذن - فنقول :

الإذن نوعان : خاص ، وعام^(٤) .

فأما الإذن^(٥) الخاص - فإن^(٦) يقول لعبد^(٧) : « اشتر بدرهم لحماً
لنفسك^(٨) » ، أو : « اشتر كسوة لنفسك أو لفلان » ، فاشتره - فإنه يجوز ،
ويكون^(٩) مأذوناً ، في ذلك ، خاصة . والقياس أن يكون مأذوناً^(١٠) في
الأنواع كلها ، لأن الإذن بالتصرف لا يتجزأ ، وفي الاستحسان :
يقتصر^(١١) على ما أذن فيه ، لأن هذا^(١٢) من باب الاستخدام ، فلو

(١) « و » ليست في ح .

(٢) في ب : « و » .

(٣) الفاء من ب .

(٤) في ا و ح : « وعامة » .

(٥) « الإذن » من ا و ب و ح .

(٦) في ب : « أن » . وفي الأصل و ا و ح : « بأن » .

(٧) « لعبد » ليست في ب .

(٨) « لنفسك » من ا و ح .

(٩) في ب : « ويصير » .

(١٠) « مأذوناً » ليست في ب .

(١١) في ا : « أن يقتصر » .

(١٢) « هذا » ليست في ا و ح . وفيها : « لأنه » .

نقذ^(١) الاِذن إلى غيره ، ولم يكن قصد المولى أن يكون مأذوناً في
التجارات : لا يقدر على الاستخدام^(٢) .

وأما الاِذن العام - فأن^(٣) يقول : «أذنت لك في التجارات » أو « في^(٤)
التجارة » - يصير^(٥) مأذوناً في الأنواع ، كلها^(٦) ، بلا خلاف .

أما إذا أذن في نوع ، بأن قال : « اتجر في النزع^(٧) » ، أو في بيع الطعام
أو في^(٨) غير ذلك - يصير مأذوناً^(٩) في أنواع التجارات ، عندنا .
وعند زفر والشافعي^(١٠) : يقتصر على ما سمي^(١١) .

(١) في ب : « ولو تعدى » . ولعلها الأصح .

(٢) « فلو نذر ... الاستخدام » ليست في ا و ح . وفي الكاساني (١٩١ : ٧ - ١٩٢) .
« ... أو جعل الإذن بمنزلة (أي يمثل ما لو قال : اشترى بدرهم لحماً) إذنا بالتجارات كلها . لصار
المأذون بشراء البقل مأذوناً في التجارة وفيه سبب استعمال المالك وبالناس حاجة إليه ، فاقصر على
مورد الضرورة » .

(٣) الفاء من ح .

(٤) « في » من ا و ب و ح .

(٥) في ا : « في التجارة أو الصناعة : يصير مأذوناً في جميع أنواع الحرف . وكذا إذا قال
في التجارة : يصير ... » .

(٦) « كلها » ليست في ا و ح . وانظر الهامش التالي .

(٧) في ح : « في البر » . وانظر الهامش بعد التالي .

(٨) كذا في ح . وفي ا : « أو غير » . وفي الأصل : « وغير » . وانظر الهامش التالي .

(٩) « في الأنواع كلها بلا خلاف ... يصير مأذوناً » ساقطة من ب .

(١٠) في ا و ب و ح : « وعند الشافعي » ولم يذكر فيها زفر . وفي الكاساني (٧ : ١٩٢) :

٣ - : « وأما إذا أذن له في نوع بأن قال : « اتجر في البر أو في الطعام أو في البقيق »
يصير مأذوناً في التجارات كلها ، عندنا . وعند زفر والشافعي رحمهما الله : لا يصير مأذوناً إلا في النوع
الذي تناوله ظاهر الإذن » .

(١١) « على ما سمي » ليست في ا .

وكذا إذا قال : « أقعد في التجارة أو في الصناعة ^(١) » - يصير مأذوناً في جميع ^(٢) أنواع الحرف .

وكذا إذا قال ^(٣) : « أذنت لك أن تتجر شهراً أو سنة » - يصير مأذوناً ، في جميع الأوقات ، ما لم يحجر عليه حجراً عاماً .

وكذا ^(٤) لو ^(٥) قال : « اتجر في البر ، ولا تتجر في الحز ^(٦) » - لا يصح نهيه ^(٧) ، ويعم الإذن : في النوعين ، وغيرهما ^(٨) - والمسألة معروفة : أن الإذن تملك التصرف ، أو إسقاط الحق و ^(٩) فك الحجر .

. . .

ثم الإذن قد يثبت صريحاً ، وقد يثبت بطريق الدلالة .

فالصريح - ما ^(١٠) ذكرنا .

وأما الدلالة - بأن ^(١١) رأى المولى عبده ، يبيع ويشترى ، فسكت ولم

(١) في ح : « أقعد في التجارة والصناعة » . وفي ب كذا : « بعد الحرازة أو في الصياغة » .

(٢) « جميع » من ب و ح .

(٣) « في الصناعة ... وكذا إذا قال » ليست في أ .

(٤) في ب : « ولذا » .

(٥) في أ و ح : « إذا » .

(٦) في ح كذا : « في البر ولا يتجر في البحر » .

(٧) « نهيه » ليست في أ .

(٨) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « وعندهما يصح » . وفي الكسائي (٧ : ١٩٢) :

« : » وكذلك إذا قال له : اتجر في البر ولا تتجر في الحز - لا يصح نهيه وتصرفه يصير مأذوناً في التجارات كلها وعلى هذا ... » .

(٩) في ح : « أو » .

(١٠) في أ و ح : « على ما ذكرنا » .

(١١) في ح و أ : « فإن » .

ينهم عن ذلك : يصير مأذوناً^(١) في التجارات ، ولا يصير^(٢) مأذوناً في بيع ذلك الشيء بعينه ، وفي الشراء يصير مأذوناً^(٣) - وهذا عندنا . وعند الشافعي : لا يصير مأذوناً^(٤) .

والسكوت يكون إذناً في مواضع : فإن من باع عبداً^(٥) من إنسان ، بحضرته ، والعبد ساكت - يكون إقراراً منه بالرق ، دلالة . - وكذا^(٦) المشتري : إذا قبض السلعة بحضرة البائع ، وسكت البائع^(٧) : يكون إذناً بالقبض^(٨) .

- وكذا إذا سمع الشفيع بالبيع^(٩) ، فلم يطلب^(١٠) الشفعة^(١١) ، وسكت : يكون تسليماً للشفعة^(١٢) .

- وكذا البكر : إذا زوجه أولها ، فسمعت من الولي ، وسكت^(١٣) : يكون إذناً .

-
- (١) في ح و ب : « يصير لذنائه » .
 (٢) « في التجارات ولا يصير » ليست في أ .
 (٣) في ب كررت عبارة : « في بيع ذلك الشيء ... مأذوناً » .
 (٤) « وهذا عندنا ... مأذوناً » ليست في ب .
 (٥) « عبداً » ليست في ب .
 (٦) في ب كذا : « ولذ » .
 (٧) « البائع » من أ و ح .
 (٨) في ح كذا : « في القبض » .
 (٩) كذا في ب . وفي أ والأصل : « البيع » . وفي ح : « المبيع » .
 (١٠) في ح كذا : « فلم يطلب » ،
 (١١) « الشفعة » من ب و ح .
 (١٢) في ح و أ : « يكون لذنائه بتسليم الشفعة » .
 (١٣) في أ : « فسكت » . وفي ح : « فسكت » .

وله نظائر^(١) .

وفى بعض المواضع لا يكون السكوت رضا^(٢) ، على ما عرف فى موضعه .

وكذلك^(٣) إذا قال لعبده: « أد إلى ألفا فأنت^(٤) حر^(٥) » ، فإنه يصير مأذونا ، لأنه لا يقدر على الأداء إلا بالكسب ، فيكون إذاً له^(٦) ، دلالة^(٧) .

وكذلك إذا كاتب عبده : يصير^(٨) مأذونا^(٩) ، لأنه جعله أحق بكسبه .

. . .

ثم الإذن بالتجارة يصبح ، معلقاً بشرط ، ومضافاً إلى وقت — بأن قال : « أذنت لك إلى^(١٠) رأس الشهر » أو قال^(١١) : « إذا جاء رأس الشهر^(١٢) » .

(١) فى ا و ح : « ونظائره كثيرة » . راجع الكاساني ، ٧ : ١٩٢ - ١٩٣ .

(٢) فى ح كذا : « نصا » .

(٣) « وكذلك » ليست فى ا .

(٤) فى ب : « وأنت » .

(٥) فى ح كذا : « حرم » .

(٦) « له » من ا و ب و ح .

(٧) « دلالة » ليست فى ح .

(٨) فى ب : « يكون » .

(٩) فى ح كذا : « كانت عبده يصير مأذونه » . وفى ا : « كانت أمة يصير مأذونه » .

(١٠) « إلى » ليست فى ا و ب و ح .

(١١) « قال » ليست فى ا .

(١٢) « الشهر » ليست فى ح .

فقد أذنت لك « - جاز ، لأن الإذن إسقاط لحق^(١) نفسه ، والإسقاط يصح تعليقه^(٢) بالخطر^(٣) .

وبمثله لو^(٤) علق الحجر بالشرط : لا يصح ، لأن الحجر فيه معنى الإثبات ، وإعادة الحق ، ولا^(٥) يصح تعليق الإثبات^(٦) بالشرط .

وأما بيان حكم المأذون وما يملك المأذون^(٧) وما لا يملكه - فنقول :

كل ما كان من التجارة ، وتوابع التجارة ، و^(٨) ضروراتها - فإنه يملكه^(٩) المأذون^(١٠) ، وما لا فلا .

وله^(١١) أن يستأجر إنسانا ليعمل معه ، أو مكانا ليحفظ فيه أمواله ، أو دواباً ليحمل^(١٢) عليها أمتعته .

(١) في ب : « حق » . وفي ح : « لحقه نفسه » .

(٢) في ا و ب : « والإسقاطات يصح تعليقها » . وفي ح كذا : « والإسقاطات يصح تعليقها » .

(٣) الزا في « الاخطار » ليست في ب .

(٤) في ا و ح : « وبمثله لو » .

(٥) في ا و ب : « فلا » .

(٦) في ب : « فلا تصح الإثباتات » .

(٧) في ا و ح : « الإذن وما لا يملكه المأذون وما يملك » . وفي ب : « الإذن وما

يملك المأذون وما لا يملك » .

(٨) الواو من ا و ب و ح .

(٩) في ب : « يملك » .

(١٠) « المأذون » من ا و ح .

(١١) في ح و ا : « فله » . وفي ب : « وليس له » . وفي الكسائي (٧ : ١٩٥ : ٢٤)

مثل ما في المتن .

(١٢) في ا و ب و ح : « يحمل » .

وله أن يؤاجر ما اشترى من الدواب ، والرقيق .

وله أن يؤاجر نفسه أيضا .

ويصح منه الشراء ^(١) بالنقد والنسيئة ، وبالعروض - لأن ذلك معتاد للتجار ^(٢) .

ويعلمك البيع والشراء ، بغبن يسير ، بالأجماع . وأما بالغبن الفاحش :
 < ف > يملك أيضاً عند ^(٣) أبي حنيفة ، خلافاً لهما ^(٤) ، كما اختلفوا في
 الوكيل بالبيع المطلق ^(٥) إذا باع بغبن فاحش ^(٦) - إلا أن في ^(٧)
 الوكيل بالشراء بغبن فاحش : لا يجوز عند أبي حنيفة . وعندهما : يجوز ^(٨) .
 وفي المأذون : الشراء و ^(٩) البيع سواء : يجوز بغبن فاحش ^(١٠) عند أبي
 حنيفة ، لأن الوكيل متهم ^(١١) ، ولا تهمة هنا .

(١) « الشراء » ليست في أ و ح .

(٢) في أ و ب و ح : « للتجارة » .

(٣) في أ و ح : « وبالغبن الفاحش أيضاً عند » . وفي ب : « وأما الغبن الفاحش أيضاً يملك عند » .

(٤) في أ و ب و ح : « وعندهما لا يملك إلا بمنزل (في ح : مثل) القيمة » .

(٥) « المطلق » ليست في أ و ب و ح .

(٦) « إذا باع بغير فاحش » من أ و ح . وفي ب : « كما اختلفوا في التوكيل بالبيع بغير فاحش » .

(٧) « في » ليست في ب .

(٨) « وعندهما يجوز » من أ و ب . وفي ح : « وعندهم » .

(٩) في ح : « أو » .

(١٠) « فاحش » ليست في أ .

(١١) في أ و ب و ح : « لأن تمة متهم » . فليس فيها : « الوكيل » .

وَيْمَلِكُ^(١) تَأْخِيرُ^(٢) الدِّينَ مِنْ ثَمَنٍ مَبِيعٍ^(٣) ، أَوْ < ال > إِقْرَارُ لَهُ بِإِتْلَافٍ كَسْبِهِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ .

وَالْقَرْضُ لَا يَصِحُّ تَأْجِيلُهُ مِنْهُ . كَمَا لَا يَصِحُّ مِنَ الْحَرِّ .
وَأَمَّا الْخَطُّ^(٤) فَلَا^(٥) يَصِحُّ مِنْهُ ، لِكُونِهِ^(٦) تَبَرُّعًا^(٧) .

وَكَذَلِكَ الْإِبْرَاءُ ، وَ^(٨) الْكَفَالَةُ - لَا تُنْهَى تَبَرُّعُ .

وَيْمَلِكُ التَّصَدَّقِ^(٩) بِالْيَسِيرِ ، وَالضِّيَافَةُ الْيَسِيرَةُ - لَا تُنْهَى مِنْ ضَرُورَاتِ
التَّجَارَةِ^(١٠) ، عَادَةً .

وَلَا يَمْلِكُ التَّصَدَّقُ بِالْدَّرْهِمِ الْكَامِلِ^(١١) ، وَلَا الْهَبَةُ^(١٢) ، وَلَا الْهَدِيَّةُ ،
وَلَا الْقَرْضُ .

وَكَذَا لَا يَمْلِكُ الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ^(١٣) ، وَلَا بِالْمَالِ ، لَا تُنْهَى تَبَرُّعُ^(١٤) .

(١) « وَيَمْلِكُ » لَيْسَتْ فِي أَوْ ح .

(٢) فِي أَوْ ح : « تَأْجِيلُ » .

(٣) كَذَا فِي ح : « مَبِيعٌ » . وَفِي الْأَصْلِ وَأَوْ ب : « ثَمَنٌ يَبِيعُ »

(٤) فِي ح كَذَا : « لَخَطٌ » .

(٥) الْفَاءُ مِنْ ب .

(٦) « لِكُونِهِ » لَيْسَتْ فِي أَوْ ب وَ ح .

(٧) « تَبَرُّعًا » لَيْسَتْ فِي ب .

(٨) « الْإِبْرَاءُ وَ » لَيْسَتْ فِي ب فَقِيهًا : « وَكَذَلِكَ الْكَفَالَةُ » . وَفِي أَوْ ح : « وَكَذَلِكَ

الْإِبْرَاءُ : لَا يَصِحُّ مِنْهُ ، وَكَذَا الْكَفَالَةُ » .

(٩) فِي أَوْ ح : « التَّصَرُّفُ الْيَسِيرُ » . وَفِي ب كَذَا : « انْصَدَقَ » .

(١٠) فِي أَوْ ح : « التَّجَارَةُ » .

(١١) كَذَا فِي ب . وَفِي الْأَصْلِ : « بِالْدَّرَاهِمِ الْكَامِلِ » . وَفِي أَوْ ح : « انْصَرَفَ الْكَامِلُ

بِالدَّرَاهِمِ » .

(١٢) « وَلَا الْهَبَةُ » لَيْسَتْ فِي ب .

(١٣) فِي ب : « لَا بِالنَّفْسِ » .

(١٤) « لَا تُنْهَى تَبَرُّعٌ » مِنْ أَوْ ح . وَفِي ب : « لَا تُنْهَى مِنَ التَّبَرُّعِ » .

ولا يملك أن يكتاب^(١) ، وأن^(٢) يعتق على مال ، لأنه ليس من التجارة .

ويملك أن يוכל بالبيع والشراء ، لأن هذا من عادة التجار ، فإنه^(٣) لا يقدر أن^(٤) يفعل ذلك كله^(٥) بنفسه .

ويجوز له^(٦) أن يتوكل^(٧) عن غيره ، بالبيع ، بالاتفاق .

وهل يجوز أن يتوكل^(٨) بالشراء عن غيره^(٩) ؟ إن وكاله بالشراء ، نقدا^(١٠) ، ودفع الثمن إليه أو لم يدفع : < ف > القياس أن لا يجوز ، لأنه يصير^(١١) في معنى الكفيل بالثمن . وفي الاستحسان : يجوز .

وإذا توكل < ب > شراء عبد نسيئة^(١٢) : لا يجوز الشراء عن الأمر ، ويصير مشترياً لنفسه ، لأنه يصير الثمن عليه ، والمملك يقع لغيره ، وعليه

(١) في ب : « كاتب » .

(٢) « ن » في « وأن » ناقصة في ب . وفي ا و ح : « ولا » .

(٣) في ا و ح : « لأنه » .

(٤) في ب : « لا يقدر على أن » .

(٥) « كله » ليست في ا .

(٦) « له » ليست في ب و ح .

(٧) في ا و ح : « يوكل » .

(٨) في ا : « أن يوكل » .

(٩) « عن غيره » من ا و ب و ح .

(١٠) في ب و ح : « نقد » . وفي ا كذا : « نقد » ولعله تصحيف .

(١١) « يصير » ليست في ب .

(١٢) في ب و ح : « وإذا توكل بالشراء عنه نسيئة » . وفي ا : « وإذا وكل بالشراء

عنه نسيئة » .

التسليم إليه ، لأن الثمن مؤجل ، فيكون بمعنى ^(١) الكفالة . فأما إذا كان الشراء بالنقد ، < ف > لا يجب عليه التسليم إلى الأمر ، بل له أن يحبس حتى يستوفي الثمن من الموكل ، فلا ^(٢) يكون في معنى الكفالة ، بل في معنى البيع .

ويعلم أن يأذن ، لعبيده ، في التجارة ^(٣) .

وله أن يعير ^(٤) دوابه .

وله أن يودع ، ويقبل الوديعة - لأن هذا من صنيع التجار .

وله أن يدفع المال مضاربة ، ويأخذ المال من غير < ه > مضاربة ، ويشارك مع غيره شركة ^(٥) عنان . ولا يجوز أن يشارك ^(٦) شركة مفاوضة ، لأنها ^(٧) تتضمن الكفالة ، ولا تصح منه الكفالة . وإذا ^(٨) شارك شركة مفاوضة ، تنقلب شركة عنان ^(٩) .

وهل يملك أن يكتاب عبدا من أكتسابه ^(١٠) ؟ إن لم يكن عليه دين ، وأجاز المولى : جاز ، ويكون العبد مكاتباً لمولاه ، ويدفع بدل الكتابة

(١) في ب : « في معنى » .

(٢) في ح : « ولا » .

(٣) كذا في ب . وفي الأصل : « عبده للتجارة » . وفي ا و ح : « عبده للتجارة » .

(٤) في ا و ح كذا : « يغير » .

(٥) « شركة » ليست في ب .

(٦) في ب : « يشاركه » .

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لأنه » .

(٨) في ب : « وإن » .

(٩) راجع في شركة المفاوضة والعنان ص ٤ وما بعدها من هذا الجزء .

(١٠) في ح : « اكتسابه » .

إلى المولى ، ويعتق ، إلا إذا أذن المولى إياه بقبض بدل الكتابة^(١) .
 وإن كان عليه دين : لا يصح ، لأنه تعلق^(٢) به حق الغرماء ، فيكون^(٣)
 موقوفاً على إجازة المولى : فإن لم يجز المولى ، ورد الكتابة : ينسخ ، وما
 اكتسبه^(٤) يصرف إلى دينه . وإن أجاز المولى الكتابة^(٥) . وأمر
 العبد^(٦) بقبض بدل الكتابة : إن كان عليه دين مستغرق : لا تصح
 الكتابة^(٧) ، لأنه هذا إعتاق بشرط الأداء ، والمولى لا يملك^(٨)
 كسب^(٩) عبده المأذون إذا كان عليه دين مستغرق - فكذا هذا ، ويبيع
 المكاتب في الدين^(١٠) . وإن^(١١) كان الدين غير مستغرق : يعتق العبد ،
 ويضمن المولى^(١٢) قيمة^(١٣) العبد للغرماء ، لتعلق حقهم به ، كما لو أعتقه^(١٤)

-
- (١) « إلا إذا أذن ... الكتابة » ليست في ب .
 (٢) في أ : « تعلق » .
 (٣) في أ و ب و ح : « ويكون » .
 (٤) في أ : « وأما ما اكتسبه » . وفي ح : « وأما ما كسبه العبد » .
 (٥) « ولأن أجاز المولى الكتابة » ليست في أ و ح .
 (٦) في ح : « العبد » .
 (٧) « الكتابة » ليست في أ و ح .
 (٨) « بشرط الأداء والمولى لا يملك » ليست في أ .
 (٩) في ح و ب : « لا يملك إعتاق كسب » . وانظر الهامش التالي
 (١٠) في ب : « ويبيع العبد في الدين » . وفي أ : « ويبيع ولو كاتب المولى من أكساب
 عبده المأذون يبيع العبد في الدين » . وفي ح كذا : « أو يبيع ولو كانت المولى من أكساب عبده
 المأذون يبيع العبد في الدين » - وانظر الكسائي ، ٧ : ١٩٧ .
 (١١) في ب : « ولو » .
 (١٢) « المولى » ليست في أ و ب و ح .
 (١٣) « قيمة » ليست في أ و ح .
 (١٤) « للغرماء ... أعتقه » ليست في ب ومكانها فراغ .

ابتداء . وعندهما : تصح الكتابة ، كيفما كان ، كما يصح ^(١) الاي اتي .
 كيفما كان ^(٢) ، والكسب الذي أداه المكاتب ، إلى العبد المأذون ،
 يدفع إلى الغرماء ، وإن فضل شيء فعلى مولاه ، لا يتلاف حقهم ،
 بالاعتاق .

ولا يملك التسرى ^(٣) بجارية من أكسابه ، لأنه لا يملك حقيقة ^(٤) .
 وليس له أن يتزوج ، لأنه ليس من التجارة . فإن أذن المولى ، جاز ،
 وعليه المهر بعد العتاق ^(٥) . إن كان النكاح بغير إذن المولى . وإن كان
 بالاذن منه ^(٦) : يتعلق برقبته وكسبه ، لكن بعدما ^(٧) فضل من دين
 التجارة إن ثبت ^(٨) بإقرار المولى . فإن ثبت بالبينة : نحاص ^(٩) المرأة
 الغرماء بمهرها .

وليس له أن يزوج ^(١٠) عبده ، لأنه ليس من التجارة ، وفيه ضرر بالمولى .

(١) في ب : « صح » .

(٢) انظر الكسائي ، ٧ : ١٩٧ .

(٣) كذا في ا و ب . وفي الاصل كذا : « التسرى » . وفي ح كذا : « الترا » . وفي
 الكسائي (٧ : ١٩٧ : ١٣) : « ولا يتسرى جارية من أكسابه » . والتسرى من السر وهو
 الجماع (راجع المغرب) .

(٤) في ا : « حقيقة » .

(٥) في ح و ا : « الإعتاق » .

(٦) « منه » من ا و ح . وفي ب : « وإن كان الإذن يتعلق » .

(٧) في ا : « لكن ما بعد » . وفي ح : « ولكن ما بعد » .

(٨) في ا و ح : « لأن الدين ثبت » .

(٩) في ح : « نحاص » . ونحاص الغريم أن الغرماء اقتسموا المال بينهم حصصاً (المغرب) .

(١٠) كذا في ا و ب و ح وتشبه ذلك في الاصل .

وكذا ليس له أن يزوج أمته عندهما . وعند أبي يوسف : يملك ،
لأنه تصرف نافع .

ويصح منه الإقرار ، على نفسه ، بالثمن ، والأجرة .
ولو ^(١) أقر بالغصب : < ف > إن كان معاينة ، فالضمان يتعلق برقبته ،
لأنه من التجارة معنى ، فإنه يملك به ^(٢) المغصوب .
وكذلك إذا جحد المضاربة ، والوديعة - لأنه بمعنى ^(٣) الغصب .

ثم إذا ثبت تعلق الدين برقبة العبد ^(٤) ، وكسبه - فإن الدين يقضى
من الكسب أولا . فإن فضل من الدين شيء ^(٥) ، أو لم يكن له ^(٦) كسب
أصلا ^(٧) - فإن القاضى يبيع الرقبة إذا طلبه ^(٨) الغرماء ، إلا إذا قضى
المولى ^(٩) دينه .

ولا يجوز من المولى بيع العبد إلا بإذن الغرماء ، أو بإذن القاضى ، أو
بأن يقضى دينهم ، لأن ملكه قائم لكنه مشغول بحق الغرماء ^(١٠) .

(١) فى ا و ح : « وإن » .

(٢) « به » ليست فى ب .

(٣) فى ا و ح : « لأنها فى معنى » . وفى ب : « لأنها بمعنى » .

(٤) فى ب : « برقبته » .

(٥) « من الدين شيء » من ا . وفى ب و ح : « فإن فضل شيء » .

(٦) و (٧) « له » و « أصلا » من ا و ب و ح .

(٨) فى ب : « طلب » .

(٩) « المولى » ليست فى ب .

(١٠) « أو بإذن القاضى ... الغرماء » ليست فى ا و ح .

ولو أعتقه المولى ^(١) : صح ^(٢) إعتاقه . لأنه ملكه - غير أنه ^(٣) إن كان عليه دين أقبل من قيمته يقضى ^(٤) ديونه، وإن كانت ديونه أكثر من قيمته ، غرم قيمته ، وإن كثرت : فإن فضل شيء ^(٥) عن قيمته يؤخذ العبد ^(٦) بعد العتاق ^(٧) .

و ^(٨) إن كان المأذون مدبراً ، أو ^(٩) أم ولد ، ثم ^(١٠) أعتقه ^(١١) - جاز عتقه ^(١٢) ، ولا ضمان للفرماء ، لأن حقهم غير متعلق بهما ، لأنه لا يجوز بيعهما . ولو أعتق عبد ^(١٣) عبده المأذون : إن كان عليه دين مستغرق : لا يصح إعتاقه ، عند أبي حنيفة - خلافاً لهما . وإن كان غير مستغرق : يصح بالاجتماع ، والمولى ضامن لقيمته ^(١٤) ، إن كان موسراً ؛ وإن كان معسراً ، فالفرماء أن يضمنوا ^(١٥) العبد ، ويرجع هو على المولى ، كما إذا أعتق العبد المرهون .

-
- (١) في ا و ح : « أعتق المولى العبد » .
 (٢) في ا و ب و ح : « يصح » .
 (٣) « ملكه غير أنه » ليست في ح .
 (٤) في ب : « تقضى » .
 (٥) « شيء » ليست في ا و ح .
 (٦) في ب : « يؤخذ الفرماء » .
 (٧) في ا و ح : « الإعتاق » .
 (٨) « و » ليست في ب .
 (٩) في ب : « و » .
 (١٠) « ثم » ليست في ح و ا .
 (١١) « أعتقه » ليست في ا . ففيها : « أو أم ولد : جاز عتقه » .
 (١٢) « عتقه » من ا و ب و ح .
 (١٣) « عبد » ليست في ح .
 (١٤) في ا و ح : « بقيته » .
 (١٥) في ح : « فالفرماء أن يضمن » .

فأما حكم الحجر - فنقول :

إن المولى يملك حجر العبد المأذون ، إذا كان حجراً مشهوراً ، بأن يشتهر^(١) ذلك^(٢) في السوق .

فأما إذا حجر في بيته : < فلا يصح ، لأن فيه ضرراً بالناس وغروراً .
ولو باعه ، ولا دين عليه : يصير محجوراً ، لأنه صار ملك الغير ، فلا^(٣) تبقى ولاية الأول عليه^(٤) .

وكذا إذا كانت^(٥) جارية ، فاستولدها المولى : صارت^(٦) محجوراً عليها^(٧) ، دلالة منع المولى أم الولد عن الخروج إلى الأسواق .
وإن أغمى عليه : لم يصير محجوراً ، استحصاناً^(٨) .
وفي الجنون : يصير محجوراً^(٩) .

وإذا أبق أو^(١٠) ارتد : صار محجوراً^(١١) . وقال أبو يوسف :
لا يصير محجوراً .

(١) في أ : « مشهوداً بأن أشهد » . وفي ح : « بأن أشهر » .

(٢) « ذلك » من أ و ب و ح .

(٣) في ب : « ملكاً لغيره ولا » .

(٤) « عليه » من أ و ب و ح .

(٥) في ب : « كاتب » .

(٦) التاء من أ و ب و ح .

(٧) « عليها » من أ و ح . وفي ب : « محجورة دلالة » .

(٨) (٩) انظر الهامش بعد التالي .

(١٠) في أ و ح : « و » .

(١١) « استحصاناً ... أو ارتد صار محجوراً » ليست في ب .

وإذا دبر المأذون : لا يصير محجورا ، لأنه يمكنه التصرف مع التدبير .

وإذا (١) صح الحجر : < ف > لا يملك التصرف ، بعده ، في حق المولى .
ولو أقر بشيء من حقوق الأموال : فإنه لا يلزم مولاه ، ولا يتعلق
برقبته ، لكن يؤخذ (٢) بعد العتاق (٣) .

وإذا كان في يده شيء من الأوكساب ، وعليه دين (٤) : فإنه
لا يصح حجره في حقها . وليس المولى أن يستردها (٥) ، لتعلق (٦) حق
الغرماء به (٧) .

ولو جنى المأذون جنائيات : فإنه يقتص فيما يجب فيه القصاص ، والدفع
أو (٨) الفداء فيما لا يجب فيه القصاص . والمأذون وغير المأذون في ذلك
سواء - وقد ذكرنا هذا في كتاب الديات ، فلا نعيده (٩) و (١٠) .

(١) في ح : « وإن » .

(٢) في ب : « يؤخذ » .

(٣) في ا و ح : « الإعتاق » .

(٤) « وعليه دين » ليست في ا و ب و ح .

(٥) في ب و ا : « يسترد » . وفي ح : « يسترده » .

(٦) في ا كذا : « المتعلق » .

(٧) « به » ليست في ا و ب و ح . وأمل الصحيح : « بها » - قال الكسائي (٧) :

٢٠٧ : ٢٣٣ - ٢٤٤) : « وأو ظهر عليه دين بالبينة أو بالمعينة وفي يده كتب فحجره المولى :

لا يبيل المولى على الكسب لأن حق الغرماء متعلق به » .

(٨) كذا في ح و ا : « أو » . ومن الأصل و ب : « و » .

(٩) « فلا نعيده » ليست في ا و ح . راجع فيها تقدم من ١٧٣ - ١٨٠ .

(١٠) زاد في ب : « والله تعالى أعلم » .

قال (١) :

يحتاج إلى :

تفسير الجهاد ،

وإلى بيان كيفية فرض الجهاد ،

وإلى بيان من يفترض عليه ،

وإلى بيان ما يجب حال شهود الواقعة (٢) ،

وإلى بيان أحكام (٣) الأتقال (٤) والغنائم ،

وإلى بيان حكم الجزية (٥) ،

وإلى بيان أحكام أهل الردة .

وإلى بيان أحكام البغاة ، ونحو ذلك (٦) .

(١) في ب : « قال الشيخ الإمام رحمه الله » . وفي ا و ح : « قال رحمه الله » .

(٢) الواقعة الصدمة في الحرب (المنجد) أى المعركة .

(٣) « أحكام » ليست في ب .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « الأفعال » . وسيأتى فيما بعد (من ٥٠٨ -

٥١٠) معنى النفل والغنيمة والنمى .

(٥) في ا و ح كذا : « الحرية » . وفي ب : « الحرية » . انظر الهامش التالى .

(٦) « ذلك » من ا و ب و ح . ويلاحظ أنه عقد بابا خاصا لاخذ الجزية وحكم المرتدين

وبابا خاصا لأحكام البغاة .

أما تفسير الجهاد

فهو الدعاء إلى الدين الحق ، والقتال ، منع ^(١) من امتنع ^(٢) عن ^(٣) القبول ، بالمال والنفس - قال الله تعالى : « انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم (الآية) » ^(٤) وقال : « إن الله اشترى من المؤمنين (الآية) » ^(٥) .

وأما بيانه كيفية ^(٦) فرضه - فنقول :

إنه فرض كفاية ، لا فرض عين . ونعني ^(٧) به أنه ^(٨) إذا لم يقيم به البعض من أهل ^(٩) الثغور وغيرهم ممن هو يقرب منهم ^(١٠) ، فإنه يفرض ^(١١) على جميع الناس ، ممن له ^(١٢) قدرة عليه ، إما بالنفس أو بالمال .

(١) « مع » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « على » .

(٢) في ب و ح : « والقتال مع الذي امتنع » . وفي ا : « والقتال مع الذين امتنعوا » .

(٣) في ب : « من » .

(٤) التوبة : ٤١ ، والآية : « انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله ذللكم خير لكم إن كنتم تعلمون » .

(٥) التوبة : ١١١ ، والآية : « إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة يقاتلون في سبيل الله فيقتلون ويقتلون وعدا عليه حقا في التوراة والإنجيل والقرآن ومن أوفى بعهده من الله فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم به وذلك هو الفوز العظيم » وهذه الآية ليست في ا و ح .

(٦) « كيفية » ليست في ا و ح .

(٧) في ب : « وعن » .

(٨) « أنه » ليست في ب .

(٩) « أهل » ليست في ا و ح . انظر فيما يلي الهامش ٢ ص ٥٠٠

(١٠) « ممن هو يقرب منهم » من ا و ح . انظر فيما يلي الهامش ٢ ص ٥٠٠

(١١) في ا و ح : « يفترض » . « » « » « » « »

(١٢) في ا و ح : « من لهم » . « » « » « » « » « »

فإذا^(١) قام به البعض^(٢)، سقط عن الباقيين، لأن المقصود - و^(٣) هو دفع شر الكفرة، والدعاء إلى دين^(٤) الإسلام - يحصل^(٥) بالبعض، فما لم يتعين البعض، يجب^(٦) على الكل، وإذا تعين البعض، سقط عن الباقيين .
ولهذا قلنا - إذا كان التفسير عاما: يجب على العبد أن يخرج بغير إذن المولى^(٧)، وعلى المرأة القادرة عليه^(٨) أن تخرج بغير إذن زوجها، وعلى الولد أن يخرج بغير إذن الوالدين^(٩)، أو أحدهما، إذا كان الآخر ميتا . فأما إذا قام به البعض: < فذ > لا يجوز لهؤلاء أن يخرجوا إلا بالإذن^(١٠) .

وأما ببيان ما يجب حال شهود الوقعة - فنقول :

إذا لقي الغزاة قوما من الكفار - فإن لم يبلغهم^(١١) الدعوة أصلا، ينبغي أن يدعوهم إلى الإسلام أولا^(١٢) . فإن أبوا، فإلى الذمة^(١٣) . فإن

(١) في ا و ح : « فأما إذا » .

(٢) « من أهل التور ... به البعض » ليست في ب .

(٣) « و » ليست في ح و ب ففيها : « المقصود هو » . انظر فيما بعد الهامش ٥

(٤) « دين » من ا .

(٥) في ا و ب و ح : « وذلك يحصل » . راجع فيما تقدم الهامش ٣

(٦) في ا و ح : « فيجب » .

(٧) في ا و ب و ح : « مولا » .

(٨) « عليه » من ب و ح . وفي ا : « عاينها » .

(٩) في ا و ب و ح : « وعلى الولد (في ا : والولد) بغير إذن أبويه » .

(١٠) في ا و ب و ح : « بإذن » .

(١١) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « يبلغهم » .

(١٢) « أولا » ليست في ب .

(١٣) في ا : « فإن أبوا . فأداء الجزية » .

أبوا فحينئذ^(١) يقاتلونهم^(٢) .

فأما إذا بلغتهم^(٣) الدعوة، فالأولى^(٤) السيِّدة^(٥) بالدعاء إلى الإسلام .
فإن بدأنا^(٦) بالقتال والإغارة والبيات^(٧) عليهم ، فلا بأس بذلك ، لأنه
قد توجه^(٨) عليهم الخطاب بالإيمان^(٩) ، باتفاق الأمة^(١٠) .

فإن سمع رجلا قال : « لا إله إلا الله » أو قال : « أشهد أن محمدا رسول
الله »^(١١) - فإن كان من عبدة الأوثان أو من التنوية أو من الدهرية^(١٢) :
فإنه لا يباح^(١٣) قتله لأنه أتى بالتوحيد . وإن كان من أهل الكتاب :
فإتيان الشهادتين لا يكفي^(١٤) ، ما لم يتبرأ من دين اليهودية والنصرانية .
وكذا إذا قال : « أنا مسلم » أو « مؤمن » أو « أنا »^(١٥) مصل^(١٦) ،

(١) الفاء من أ .

(٢) في أ و ح : « يقاتلهم » . وفي ب : « يقاتلونهم » .

(٣) كذا في أ و ب و ح : « بلغتهم » . وفي الأصل : « بانهم » .

(٤) في ب كذا : « فأولا » . وفي السكاساني (١٠٠ : ١٥٠) أ : « الأفضل »

(٥) في الأصل و أ و ب و ح : « البداية » . والصحيح : « البداة » . راجع الهامش

٩ ص ١٧ ح أ

(٦) في ب : « بدونا » . وفي الأصل و أ و ح كذا : « بدوا » - (راجع المغرب)

(٧) « والبيات » ليست في ح . والبيات بالفتح الإغارة ليلا وهو اسم من بيته تبيتا ويئت

الامر دبره ليلا وبات تأتي في الاثعم الاثغلب بمعنى فعل ذلك الفعل بالليل (المصباح) .

(٨) في أ و ح : « وجب » . وفي ب : « بوجه » (٩) في أ و ح : « الإيمان بالخطاب » .

(١٠) في ب : « بالاتفاق » . (١١) في ب : « قال : لا إله إلا الله محمد رسول الله » .

(١٢) في ح : « التنوية والدهرية » . والتنوية الذين يزعمون أن النور والظلمة أزليان قديمان

والدهرية الذين لا يثبتون معقولا (انظر في تفصيل ذلك : الشهرستاني ، المال والنحل) .

(١٣) في ب : « لا يبلغ »

(١٤) كذا في ب . وفي الأصل : « لا يكتبني » . وفي أ و ح : « فإتيان الشهادتين

لا يصير مسلما مالم » .

(١٥) « أنا » ليست في ب . (١٦) في الأصل و أ و ب و ح : « مصل » .

لأنهم يعتقدون أن دينهم إسلام^(١) ، وأن لهم شرائع وصلاة .
وإذا^(٢) قال : « أنا صليت مع المسلمين بجماعة » أو^(٣) : « أنا على دين محمد » - لا يباح قتله ، لأن ذلك دلالة على الإسلام .

. . .

ثم الغزاة لهم أن يقتلوا^(٤) : كل من كان من أهل القتال ، وكل من قاتل ، وإن لم يكن من أهل القتال في الجملة ، نحو الصبيان ، والمجانين ، والرهابين^(٥) ، والشيوخ الهرمى^(٦) . فأما إذا^(٧) لم يقتلوا : فلا يباح قتل هؤلاء .

وأما الرهابين : < فإن كانوا لا يخاطون الناس : فكذلك . وإن كانوا^(٨) يخاطون الناس^(٩) أو^(١٠) يدلون على عورات^(١١)

(١) في ا و ح : « يعتقدون دينهم الإسلام » .

(٢) في ب و ح : « وكذا إذا » .

(٣) في ب : « و » . وفي ح : « وكذا إذا صليت بجماعة أو » . وفي ا : « وإذا صلى مع المسلمين بجماعة أو قال : أنا » . وفي الاصل : « لجماعة » .

(٤) في ح : « يقتلوا » .

(٥) في ا و ح : « والرهبان » . وفي المصباح : « والراهب عابد البصاري من ذلك والجمع رهبان وربما قيل رهابين » .

(٦) في ب : « الهرمى » . ومكتوبة في ب كذا : « والهرما » . وفي المصباح : « وشيوخ هرمى » .

(٧) في ح : « الهرمى فإذا لم » . وفي ا : « الهرمى إذا لم » .

(٨) في ا كذا : « فلا يباح قتل هؤلاء إذا لم يخاطون الناس وإن كانوا يخاطون » .

(٩) « الناس » من ا و ب و ح .

(١٠) في ا و ح : « و » .

(١١) في ا كذا : « غيرة » . وفي ح كذا : « غيرات » .

المسلمين^(١) : < فذ > يباح قتالهم .

ولا بأس أن^(٢) يحرقوا حصونهم بالنار ، ويفرقوها^(٣) بالماء ،
وينصبوا^(٤) المجانيق^(٥) على حصونهم ، ويهدموها^(٦) عليهم ، وأن يرموها^(٧)
بالنبال^(٨) ، وإن علموا أن^(٩) فيهم أسارى المسلمين والتجار ، لا أن^(١٠)
فيه^(١١) ضرورة .

وكذا إذا تترسوا بأطفال المسلمين وبأُسارهم^(١٢) ، لكن ينبغي أن
يقصدوا به قتل^(١٣) الكفار دون المسلمين ، لما فيه من ضرورة إقامة
الفرض عليهم^(١٤) .

ثم إذا ظفر الغزاة بهم^(١٥) ، فلا بأس بأن يقتل^(١٦) المقاتلة منهم من

(١) « المسلمين » ليست في أ .

(٢) في أ و ب و ح : « بأن » .

(٣) في ب : « ويفرقونها » . وفي أ : « وأن يفرقوها » .

(٤) في ح : « وينصبوا » . وفي أ : « و نصبوا » .

(٥) في أ و ب و ح : « المنجنيق » . والمجانيق جمع منجنيق وهي التي يرمي بها الحجارة - ممربة
من الفارسية (الميداني على القدوري ، ٣ : ١٣١) .

(٦) في ب : « ويهدمونها » .

(٧) في أ و ح : « يرموهم » .

(٨) النبال السهام العربية (المصباح) .

(٩) في أ و ح : « فيهم » .

(١٠) كذا في ب . وفي أ : « وبأسراهم » . وفي الأصل و ح كذا : « وبأساريهم » .
وفي المصباح : « وجمع الأسير أسرى وأسارى بالضم » .

(١١) « قتل » ليست في ب .

(١٢) « لما ... عليهم » ليست في ب . و « عليهم » ليست في ح . و « الفرص عليهم »

ليست في أ .

(١٣) في ب : « ظفروا بهم » .

(١٤) في أ و ح : « أن يقتلوا » .

كان مقاتلاً^(١) ، سوى الصبي^(٢) والمجنون : فإنه لا يباح قتلها^(٣) بعد الفراغ من القتال ، لأنها ليسا^(٤) من أهل القتل أي يكون^(٥) جزاء على قتلها^(٦) ، إلا إذا كان الصبي أو^(٧) المعتوه ملكاً ، فلا بأس بقتلها ، كسراً لشوكتهما^(٨) ، ويباح ، في حالة القتال ، لدفع الشر .

وأما الشيوخ ، والرهابين ، والنسوان - إذا قاتلوا : < ف > يباح^(٩) قتلهم : بعد الفراغ أيضاً ، جزاء على قتلهم^(١٠) ، إلا إذا كانت المرأة^(١١) ملكة : فيباح^(١٢) قتلها ، وإن لم تقاتل .

وينبغي^(١٣) لهم أن يخرجوا إلى دار السلام نساءهم^(١٤) ، وصبيانهم ،

(١) « مقاتلاً » من أ .

(٢) في ح : « سوى صبي » .

(٣) في ب : « قتلها » .

(٤) في أ و ح : « لأنهما ليسوا » .

(٥) « ليكون » من أ و ح .

(٦) في ب : « من أهل القتل جزاء على قتلهم » . وفي ح كذا : « من أهل القتل أي يكون جزاء على قتلهم » . وفي أ : « من أهل القتل أي يكون جزاء على قتلهم » .

(٧) في أ و ب و ح : « و » .

(٨) في أ و ب و ح : « لشوكتهما » .

(٩) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « لا يباح » - والصحيح ما في المتن - انظر ابن الهمام ٤ : ٢٩٢ . والكاساني ٧ : ١٠١ : ١٠ من أسفل .

(١٠) في أ و ب و ح : « قتلهم » .

(١١) « المرأة » من أ .

(١٢) في أ و ح : « يباح » .

(١٣) في ح : « ينبغي » .

(١٤) كذا في أ . وفي ب : « نساهم » . وفي ح : « نساهم » . وفي الأصل : « ونسأهم » .

ويسترقوهم^(١) ، لما فيه من منفعة المسلمين^(٢) ولا ينبغي أن يتركوهم في دار الحرب ، لما فيه من ضرر بالمسلمين^(٣) .

وأما الشيخ الفاني الذي لا قتال عنده ، ولا < يقدر > أن يلقح^(٤) لكن يمكن أن^(٥) يقادى^(٦) به - فإن شاءوا : تركوه ، وإن شاءوا^(٧) : أخرجوه ، على قول من يرى مفاداة الأسير^(٨) بالأسير ، وعلى قول من لا يرى : يتركونه^(٩) في دارهم ، لأنه لا فائدة فيه . وكذا في العجوز^(١٠) الكبيرة التي لا تلد .

ولا ينبغي للغزاة أن يفروا^(١١) من اثنين منهم . والحاصل أن الأمر مبني^(١٢) على غالب الظن : فإن غلب في ظن^(١٣) المقاتل أنه

(١) كذا في ا . وفي الأصل و ب : « ويسترقونهم » . وفي ح : « ويسترقون » .

(٢) في ا : « لما فيه من منفعة للمسلمين » .

(٣) « ولا ينبغي ... بالمسلمين » من ا و ب و ح .

(٤) كذا في ا و ح . وفي ب : « يلقح » . وفي الأصل : « يلقح » . وفي الكاساني (٧) :

١٠٢ : ٥ : « : وإن كان ممن لا يولد له ولد كالشيخ الفاني الذي لا قتال عنده ولا افاح . » .

(٥) « أن » ليست في ا .

(٦) في ح كذا : « يقادى » .

(٧) في ب كذا : « شا » .

(٨) في ح كذا : « مفاداة الأسير » .

(٩) في ا و ح : « يتركوهم » . وفي ب : « يتركونهم » .

(١٠) في ح و ا : « العجوز » . وفي القرآن الكريم (هود : ٧٢) : « قالت يوليى

ألد وأنا عجوز وهذا بعلى شيخا » .

(١١) في ح كذا : « إن نفروا من » . وفي ب كذا : « أن ينفروا » . وفي ا : « للنازى

أن يفروا من » .

(١٢) في ب : « يبنى » .

(١٣) في ا : « على ظن » .

يغلب^(١) ويقتل : فلا بأس بأن يفر^(٢) منهم ، ولا عبرة بالعدد ، حتى إن الواحد ، إذا لم يكن معه سلاح ، فلا بأس بأن يفر^(٣) من اثنين معهما السلاح أو من الواحد الذي معه سلاح^(٤) .

. . .

ثم الغزاة هل لهم أن يؤمنوا بالكفرة ؟ إن كان عندهم أن القوة^(٥) للكفرة : يجب أن يؤمنوا^(٦) حتى يتقوا^(٧) ، ثم يخبروهم^(٨) بنقض الأمان ، ويشغلوا بالقتال ، لأن الأمان^(٩) في هذه الحالة في معنى القتال .

ثم أمان الواحد الحر ، أو العبد المقاتل ، أو المرأة^(١٠) - صحيح ، بلا خلاف .

فأما أمان^(١١) العبد المحجور : فلا^(١٢) يصح عندهما ، وعند محمد

(١) « الظن فإن غلب ... يغلب » ليست في ح . وموضعها فيها يياض .

(٢) و (٣) في ا و ح كذا : « إن نفر » .

(٤) « أو من الواحد .. سلاح » من ا و ح . وهي في ب إلا أن في ب : « معه السلاح » .

(٥) في ب : « الكفرة وإن كانوا عندهم القوة » .

(٦) في ا و ح : « للكفرة يجوز لهم أن يؤمنوهم » .

(٧) في ب : « يتقوا » . وفي ح كذا : « يتقوا » .

(٨) في ا و ح : « يخبروهم » .

(٩) في ح : « الإيمان » .

(١٠) في ب : « العبد المقاتل والمرأة » . وفي ا : « أو العبد المملوك للمقاتل أو من المرأة »

(١١) « أمان » ليست في ب .

(١٢) القاء من ب .

والشافعي^(١): يصح - والمسألة معروفة .

وأما أمان الصبي المراهق: < ف > لا يصح عندهم . وعند محمد: يصح .
وأجمعوا أنه لا يجوز أمان التاجر في دار الحرب ، ولا الأسير فيها ،
ولا أمان المسلم الذي لم يهاجر إلينا ، ولا^(٢) أمان الدمي المقاتل معهم ،
لأنهم متهمون في ذلك .

فأما المسلم الحر: < ف > يستوى فيه الأعمى والمريض^(٣) والشيخ
الكبير^(٤) ، لأن هؤلاء من أهل الرأي .

. . .

ثم بعد صحة الأمان ، للإمام^(٥) أن ينقض ، إذا رأى المصلحة فيه ،
لكن يخبرهم بذلك ، ثم يقاتلهم ، حتى لا يكون تغريرا لهم^(٦) .

. . .

وكذا الجواب في المواعدة ، وهو الصالح على ترك القتال ، مدة ،
بمال أو بغير مال : تجوز من الإمام إن رأى المصلحة^(٧) ، ثم يخبرهم

(١) في ا و ب و ح : « . . . عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي : يصح » .
وما في المتن مثل ما في الكاساني (٧ : ١٠٦ : ١٧) حيث قال : « وهل يصح أمان
العبد المحجور عن القتال ؟ اختلف فيه : قال أبو حنيفة عليه الرحمة وأبو يوسف رحمه الله : لا يصح .
وقال محمد رحمه الله : يصح — وهو قول الشافعي رحمه الله » .

(٢) « لا » من ا و ب و ح .

(٣) في ح : « الأعمى المريض » .

(٤) « الكبير » ليست في ا و ح .

(٥) في ح : « الإمام » .

(٦) في ا و ح : « تغريرا منه » اه . وفي ب كذا : « تغريرا منهم » .

(٧) في ب : « المصلحة فيه » .

بالنقض ، وينقض حتى لا يكون تغريراً^(١) . وما أخذ من المال^(٢) ، إن لم يتم^(٣) المدة ، يرد إليهم بقدره .

وكذلك المودعة في حق المرتدين ، وأهل البغى : جائزة^(٤) إذا كان فيه مصلحة ، لأن هذا^(٥) بمنزلة الأمان^(٦) .

وهذا إذا كان الصلح على أن يكونوا على حكم الكفر . ولو صالحوا ، على^(٧) أن يكونوا على أحكام المسلمين ، فإنهم يصيرون ذمة ، ولا يجوز لنا نقض ذلك ، كعقد الذمة^(٨) .

وأما أمطام الانتفال، والغنائم^(٩) - < فنقول > :

هنا^(١٠) ثلاثة أشياء : النفل ، والغنيمة ، والفقى .

أما النفل : < ف> ما خصه الإمام ، لبعض^(١١) الغزاة ، تحريضاً لهم^(١٢)

(١) « حتى لا يكون تغريراً » من ب .

(٢) في أ : « وأما الأخذ من المال » . وفي ح : « وأما من المال ... » .

(٣) في ب : « تتم » .

(٤) التاء من أ و ب و ح .

(٥) في أ و ب و ح : « هذه » .

(٦) في أ و ح : « الإمام » .

(٧) في أ و ب و ح : « وأو صالحناهم بمال على ... » .

(٨) في أ و ب : « ولا يجوز لنا أن نقض ذلك كعقد الذمة سواء » . وفي ح : كذا : « ولا

يجوز لنا أن ينقض ذلك العقد كعقد الذمة سواء » .

(٩) « والغنائم » ليست في ب .

(١٠) في أ و ب و ح : « هنا » .

(١١) في ح : « أما النفل حصة الانتفال لبعض » .

(١٢) في أ : « له » .

على القتال ، لزيادة قوة وجرأة منهم^(١) - بأن قال : « من قتل قتيلا فله سلبه^(٢) » ، أو قال لسرية^(٣) : « ما أصبتم فهو لكم » ، أو قال لا أحد^(٤) معين : « ما أصبت فهو لك » - فإنه مختص^(٥) به ، ويثبت الملك له في^(٦) النفل ، ولا يشارك^(٧) فيه غيره من الغزاة . والسلب عبارة عن ثياب المقتول ، و^(٨) سلاحه ، التي^(٩) معه ، ودابته التي عليها سرجها ، وآلاتها^(١٠) ، وما عليها من الحقيبة التي فيها الأموال^(١١) ، وما على المقتول^(١٢) من^(١٣) الكيس الذي فيه الدراهم^(١٤) . فأما ما يكون مع غلامه على فرس آخر ، وأمواله التي على دابة أخرى - فذلك من الغنيمة : يشترك فيه الغزاة كلهم^(١٥) - وهذا عندنا .

-
- (١) في ح : « وحركة منه » . وفي ا : « وجرأة منه » و « منهم » ليست في ب .
 (٢) السلب مفرد أسلاب وهو ما يسلب ، قال في البارع : وكل شيء على الإنسان من لباس فهو سلب (المصباح) .
 (٣) السرية قطعة من الجيش (المصباح) . وفي ا : « للسرية » .
 (٤) في ا و ب و ح : « لواحد » .
 (٥) في ب : « يختص » . وفي ا و ح : « تختص » .
 (٦) في ب : « من » .
 (٧) في ا و ب و ح : « ولا يشاركه » .
 (٨) « و » ليست في ح .
 (٩) في ب : « الذي » .
 (١٠) في ح و ا : « وآلاتها » . وفي ب كذا : « وآلاتها » .
 (١١) كذا في ح . وفي الأصل و ا و ب : « من الأموال » .
 (١٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « القتال » . وفي ب : « وأموال المقتول » .
 (١٣) « من » ليست في ا و ح .
 (١٤) في ب : « درهم » .
 (١٥) « فيه الغزاة كلهم » ليست في ح وموضعها فيها بياض .

وعند الشافعى : السِّلْب للقاتل ، وإن لم ينص عليه الإمام - وهى مسألة (١) معروفة .

وأما الفىء : فما حصل من غير مقاتلة - فهو خاص لرسوله عليه السلام ، فيتصرف (٢) فيه رسول الله صلى الله عليه وآله كيف شاء - قال الله تعالى : « وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء » (٣) .

وأما الغنائم : فهو اسم لما يؤخذ ، من أموال الكفرة ، بقوة (٤) الغزاة ، وقهر الكفرة (٥) ، بسبب القتال (٦) ، بإذن الإمام .

(١) « مسألة » ليست في ١ .

(٢) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « فهو خاص لرسوله عليه السلام (وفي ا و ح و ب : رسول الله صلى الله عليه وسلم) والخمس لأربابه المذكورين يتصرف ... الخ » . وفي الكسائى مثلاً في ب . قال (٧ : ١١٦ : ١) : « وأما الفىء فهو اسم لما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب نحو الأموال الميمونة بالرسالة إلى إمام المسلمين . والأموال المأخوذة على موادة أهل الحرب ، ولا خمس فيه لأنه ليس بغنيمية إذ هى المأخوذة من الكفرة على سبيل القهر والغلبة ولم يوجد وقد كان الفىء رسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة يتصرف فيه كيف شاء : يختصه لنفسه ، أو يفرقه فيمن شاء » .

(٣) الخبر : ٦ وهى وما بعدها ٧ : « وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رساله على من يشاء والله على كل شىء قدير . ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لا يكون دولة بين الأغنياء منكم وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله إن الله شديد العقاب » .

(٤) في ح كذا : « نقره » .

(٥) « وقهر الكفرة » وردت في ب في هذا الموضع . وفي الأصل و ا و ح وردت بمد قوله الآتى : « بإذن الإمام » .

(٦) « القتال » من ا و ح . وفي ب : « القتال » .

و يتعلق بالغنائم أمطام :

منها - حكم^(١) ثبوت الحق والملك فيها - فنقول :

هذا^(٢) أقسام ثلاثة :

أحدها - أن يتعلق حق التملك^(٣) ، أو حق^(٤) الملك ، للغزاة ، بنفس

الآخذ والاستيلاء . ولا يثبت به الملك قبل الإحراز بدار الإسلام
عندنا^(٥) - خلافاً للشافعي : فإن عنده ، في قول^(٦) : يثبت الملك بنفس

الآخذ^(٧) . وفي قول^(٨) : بعد الفراغ من القتال ، وانهمزام العدو .

ويبني^(٩) على هذا^(١٠) الأصل فروع :

منها - أن الإمام إذا باع شيئاً من الغنائم ، لا حاجة الغزاة ، أو باع
واحد من الغزاة : فإنه لا يصح عندنا ، لعدم الملك .

وكذا لو أتلف واحد من الغزاة^(١١) في دار الحرب : فإنه

(١) « حكم » ليست في ا و ح .

(٢) في ا و ب و ح : « هذا على » .

(٣) في ا و ب و ح : « التملك » .

(٤) في ا و ح : « و » .

(٥) كذا في ا و ح . وفي الأصل : « ولا يثبت بسبب القتال بإذن الإمام عندنا » .

راجع الصفحة السابقة . وانظر الكسائي ٧٠ : ١٢١ : ١٣ وما بعده .

(٦) في قول « ليست في ا و ح » .

(٧) « والاستيلاء .. بنفس الآخذ » ليست في ب .

(٨) في ح : « قوله » .

(٩) في ب : « ومبنى » .

(١٠) « هذا » ليست في ا و ح .

(١١) « فإنه لا يصح عندنا .. واحد من الغزاة » ليست في ا و ح . وفي ب كذا : واحدا

من الغزاة » .

لا يضمن^(١) .

ولو مات واحد من الغزاة^(٢) : لا يورث سهمه .

ولو لحق المدد الجيش ، قبل القسمة ، في دار الحرب : يشاركونهم في القسمة^(٣) .

ولو قسم الإمام في دار الحرب ، لا مجتهداً ولا^(٤) . باعتبار حاجة الغزاة^(٥) : فإنه لا يصح القسمة عندنا .

وعند الشافعي : يصح^(٦) بخلاف ذلك في الفصول - والمسألة معروفة .
وأما بيان ثبوت الحق - فإن^(٧) الأسير إذا أسلم قبل الإحراز بدار الإسلام : فإنه لا يكون حراً . ولو أسلم قبل الأخذ : يكون حراً ، لما أنه يتعلق^(٨) به حق الغزاة ، بالأخذ^(٩) .

وكذلك لو أسلم أرباب الأموال قبل الإحراز ، بدار الإسلام : فإنهم لا يختصون^(١٠) بأموالهم^(١١) ، بل هم من جملة الغزاة في الاستحقاق ،

(١) قال ابن الهمام في الفتح (٤ : ٣١٠) : « وفي التحفة : أو أناف واحد من الغزاة شيئاً من الفينة : لا يضمن ، عندنا » .

(٢) « الغزاة » ليست في ح .

(٣) في ا و ح : « في الفينة » .

(٤) في ا و ح : « في دار الحرب مجتهداً لا باعتبار » .

(٥) أى « مجازفاً غير مجتهد ولا معتقد جواز القسمة » الكاساني ، ٧ : ١٢١ : ٢١ .

(٦) « يصح » من ا و ب و ح وفيها : « يصح بخلاف ما ذكرنا في هذه الفصول ... » .

(٧) في ا و ح : « ويان ثبوت الحق أن » .

(٨) في ا و ب و ح : « يتعلق » .

(٩) « بالأخذ » ليست في ب .

(١٠) في ب كذا : « لا يخصص » . (١١) في ح : « أموالهم » .

بسبب الشركة في ^(١) الإحراز بدار الإسلام ، بمنزلة المدد ^(٢) .

وكذا ليس لواحد من الغزاة ، أن يأخذ شيئاً من الغنائم ، من غير حاجة ، ولو لم يثبت الحق كان ^(٣) بمنزلة المباح .

والقسم الثاني ^(٤) - بعد الإحراز ، بدار الإسلام ، قبل القسمة : فإن حق الملك يتأكد ويستقر ، ولكن لا يثبت الملك أيضاً .

ولهذا قالوا : لو ^(٥) مات واحد منهم ، يورث نصيبه . ولو قسم الإمام ، أو باع - جاز . ولو لحقهم مدد لا يشاركونهم ^(٦) ، ويضمن المتلف ^(٧) ، ولكن الملك لا يثبت ، حتى لو أعتق واحد من الغزاة عبداً من عبيد الغنيمة : لا يعتق ، لأنه لا ^(٨) يثبت الملك الخاص إلا بالقسمة .
والقسم الثالث - بعد القسمة ^(٩) : يثبت الملك الخاص ، لكل واحد ،

(١) في ا و ح : « من » .

(٢) « المدد » ليست في ا .

(٣) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « فيكون » .

(٤) « الثاني » ليست في ح .

(٥) في ح : « قال : لو » . وفي ب : « ولهذا كما لو » . انظر الهامش بعد التالي .

(٦) في ا و ب : « لا يشاركون » . وفي ح : « ولو لحقهم المدد ولا يشاركون » .

(٧) قال ابن القيم في الفتاوى (٤ : ٣١٠) : « قال (أى في التحفة) كما تقدم - راجع الهامش ١ ص ٥١٢) : وبعد الإحراز بدار الإسلام يتأكد حق الملك ويستقر . ولهذا قالوا : لو مات واحد من الغزاة يورث نصيبه . ولو باع الإمام جاز . ولو لحقهم المدد لا يشاركون ويضمن المتلف ، وهذا المذكور في التحفة ماش مع ما في المبسوط » .

(٨) في ا و ح : « لم » .

(٩) « بعد القسمة » ليست في ح .

فما هو نصيبه^(١) .

فأما حكم الطعام والعلف في دار الحرب - فنقول^(٢) :

لأبأس^(٣) يتناول الطعام والعلف ، لعموم الحاجة ، سواء كان المتناول غنياً أو فقيراً ، من غير ضمان ، لأن^(٤) في إزام الغنى حمل^(٥) الطعام والعلف ، مع نفسه^(٦) ، مدة ذهابه وإيابه^(٧) ومقامه ، في دار الحرب ، حرجاً عظيماً .

وإذا كان محرراً بدار الإسلام: لا يباح تناول ، بغير^(٨) ضمان . وما فضل من الطعام والعلف ، بعد الإحراز ، قبل القسمة - فإنه يرد إلى الغنيمة إن كان غنياً ، وإن كان فقيراً يأكل بالضمآن . وإن كان بعد القسمة ، فإنه يرد ثمنه^(٩) إلى الفقراء^(١٠) .

وإن^(١١) باع شيئاً منه ، يرد ثمنه إلى المغمم ، إن كان غنياً ، قبل القسمة .

(١) في ا : « في نصيبه » . وفي ب : « فيما نصيبه » . وفي ح : « فيما نصيبه » .

(٢) « في دار الحرب فنقول » ليست في ح . و « فنقول » ليست في ب - انظر الهامش التالي

(٣) في ب : « في دار الحرب فلا أبأس » . راجع الهامش السابق

وإن كان بعد القسمة : يتصدق على الفقراء . وإن كان فقيراً : يأكل^(١)
 إن كان بعد القسمة^(٢) و^(٣) .

وأما ما^(٤) سوى الطعام والعلف من الأموال -- < ف > لا يباح
 للفزاة^(٥) أن يأخذوا شيئاً منها ، لتعلق حق الكل بها^(٦) ، إلا في^(٧)
 السلاح والكراع والثياب ، عند الحاجة ، وإذا استغنى : يردّه إلى المغنم ،
 أو يدفع إليه بحصته من الغنيمة - فلا^(٨) يباح للغنى أن يفعل ذلك^(٩) ،
 بخلاف الطعام والعلف .

(١) أى ولا يضمن . انظر الهامش بعد التالي .
 (٢) « ولأن باع شيئاً منه ... بعد القسمة » من ب و ا و ح وانظر الهامش قبل السابق .
 (٣) قال الكاساني (٧ : ١٢٤ : ٣ وما بعده) : « ولا ينبغي أن يبيعوا شيئاً من الطعام
 والعلف وغير ذلك مما يباح الانتفاع به بذهب ولا فضة ولا عروض ، لأن إطلاق الانتفاع
 ولإسقاط اعتبار الحقوق وإلحاقها بالعدم للضرورة التي ذكرنا ولا ضرورة في البيع ولأن محل البيع
 هو المال المملوك وهذا ليس بمال مملوك لأن الإحراز بالدار شرط ثبوت الملك ولم يوجد . فإن
 باع رجل شيئاً رد الثمن إلى الغنيمة ، لأن الثمن بدل مال تعلق به حق الفاتحين ، فكان مردوداً
 إلى المغنم . ولو أحرزوا شيئاً من ذلك بدار الإسلام وهو في أيديهم ولأن (لعل الصحيح : فإن)
 كانت لم تقسم الفنائم : ردوها إلى المغنم لاندفاع الضرورة . وإن كانت قد قسمت الغنيمة : فإن
 كانوا أغنياء تصدقوا به على الفقراء ، وإن كانوا فقراء انتفعوا به لتمنر قسمته على الفزاة لكثرة
 وفاته فأنشبه الاقطة والله سبحانه وتعالى أعلم . هذا إذا كانت قائمة بعد القسمة ، فإن كان انتفع
 بها بعد القسمة ، فإن كان غنياً تصدق بقيمته على الفقراء ، لأنه أكل مالا لو كان قائماً ، لكان
 سبيله التصديق ، لكونه مالا يتعلق به حق الفاتحين وتمنر صرفة إليهم . لفته وكثرتهم . فيقوم بدله
 مقامه ، وهو قيمته . وإن كان فقيراً ، لم يجب عليه شيء ، لأنه أكل مالا ، لو كان قائماً ، لكان له
 أن يأكله والله سبحانه وتعالى أعلم » . راجع في ذلك أيضاً : الزيامي ، ٣ : ٢٥٣ . وابن عابد بن
 رد المختار ، الطبعة الثالثة ببولاق ، ٣ ص ٢٣٨ . ٢٤٠ .

(٤) « ما » ليست في ح .

(٥) في ح : « الفزاة » .

(٦) « بها » ليست في ب .

(٧) في ا و ح : « في حق » .

(٨) في ا و ح : « من ذلك » .

(٩) في ب و ح : « ولا » .

ومنها - حكم كيفية قسمة الغنائم - فنقول :

يقسم على خمسة أسهم : فأربعة أسهم للغزاة ، والخمس لأربابه ، وإنما يصرف إلى المقاتلة ، يعني ^(١) به أهل ^(٢) القتال ، سواء كان شاباً أو شيخاً ، عبداً مأذوناً ^(٣) أو حراً ، بعد أن كان رجلاً مسلماً مأذوناً للقتال ^(٤) ، وسواء ^(٥) كان صحيحاً أو مريضاً .

أما الصبي العاقل ، والمرأة ، والذمي ، والعبد المحجور عن القتال - إذا قاتلوا ^(٦) ، فإنه يرضخ لهم الإمام ^(٧) شيئاً ^(٨) ، لا سهماً كاملاً ، لأنه لا يجب القتال على هؤلاء ، إلا عند الضرورة .

ثم ينظر : إن كان راجلاً فله سهم واحد ، وإن كان فارساً فله سهمان عند أبي حنيفة : سهم له ^(٩) ، وسهم لفروسه . وعندهما : له ^(١٠) ثلاثة أسهم : سهم له ، وسهمان لفروسه .

ثم يسهم للفارس ^(١١) لفارس واحد عند أبي حنيفة ومحمد وزفر ^(١٢) .

(١) في ح : « فمضى » . وفي ا يشبه ذلك .

(٢) في ا و ب و ح : « من أهل » .

(٣) في ب : « أو مأذوناً » . راجع « كتاب المأذون » ص ٨١ ؛ وما بعدها .

(٤) في ا و ب و ح : « في القتال » . راجع فيما تقدم ص ٩٩ - ٥٠٠ .

(٥) في ب : « سواء » .

(٦) في ا كذا : « قاتلوا » .

(٧) « الإمام » من ب . وانظر الهامش التالي .

(٨) رضى لهم شيئاً أعطاهم شيئاً قليلاً (المغرب) . و « شيئاً » ليست في ب .

(٩) في ح : « لهم » .

(١٠) « له » من ا و ب و ح .

(١١) في ح : « ثم أسهم الفارس » .

(١٢) « وزفر » ليست في ا و ح .

وعند أبي يوسف : يسهم^(١) لفرسين ، ولا يسهم لما زاد على ذلك -
وهذه^(٢) المقادير تعرف بالأخبار الواردة في الباب^(٣) .

. . .

ومنها - أنه^(٤) يعتبر حال المقاتل^(٥) ، في كونه فارساً أو^(٦) راجلاً ،
في حال دخوله^(٧) دار الحرب ؛ في ظاهر الرواية ، إذا كان قصده الدخول
للجهاد ، حتى^(٨) إذا^(٩) كان يدخل^(١٠) تاجراً ، فإنه لا^(١١) يستحق .
ولو دخل فارساً ، لقصد الجهاد ، يستحق سهم الفرسان^(١٢) ، وإن
مات فرسه .

وعند الشافعي : يعتبر وصف المقاتل حال شهود الواقعة - والمسألة معروفة .
ولو دخل راجلاً ، ثم اشترى فارساً ، أو وهب له ، أو ورث ، أو
استعار ، أو استأجر ، وقاتل فارساً : فله سهم راجل ، لا اعتبار حال الدخول .

(١) في ا و ح : « سهم » .

(٢) في ح : « وهو » . وفي ا : « وهذ » .

(٣) « في الباب » ليست في ب .

(٤) في ب : « أن » .

(٥) في ا و ح : « المقاتل » .

(٦) الهزة من ب .

(٧) الماء من ا و ب و ح .

(٨) في ا و ح : « الدخول مجتهداً للقتال حتى » . و « إذا كان قصده ... حتى » ليست في ب .

(٩) في ح : « إنما » . وفي ب : « لأن » .

(١٠) في ا و ب و ح : « دخوله » .

(١١) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل تبدو « لا » كأنها مشطوبة .

(١٢) في ا : « سهم الفارس » .

وروى الحسن عنه أنه له ^(١) سهم فارس .

ولو دخل فارسا ، ثم باع فرسه ، أو أجره ، أو أعاره ، أو رهنه ^(٢) أو وهبه وسلم ^(٣) : روى الحسن عن أبي حنيفة أن ^(٤) له سهم فارس ، لاعتبار الدخول . وذكر في السير الكبير أن ^(٥) له سهم راجل ، لأنه لم يكن ^(٦) دخوله لقصد الجهاد - فاعتبر الحسن حالة الدخول بناء على الظاهر ، واعتبر حال ^(٧) شهود الواقعة أيضا ، لأجل حقيقة القتال .

. . .

ومنها - حكم الأسرى ، فنقول :

الإمام بالخيار : إن شاء قتل ^(٨) المقاتلة منهم ^(٩) ، سواء كانوا من المشركين أو من أهل الكتاب ، من العرب أو من العجم ، لأنه قد يكون مصالحة المسلمين في قتلهم ^(١٠) ، وإن شاء ^(١١) استرقهم ^(١٢) وقسمهم <م>

(١) في ب : « وروى عن الحسن أن له » .

(٢) « أو رهنه » ليست في ا و ب و ح .

(٣) « أو وهبه وسلم » من ا و ب و ح .

(٤) « أن » ليست في ا و ح .

(٥) « أن » ليست في ا و ب و ح .

(٦) في ا كذا : « لأنه يكن » .

(٧) في ا و ح : « حالة » .

(٨) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « قاتل » .

(٩) « منهم » من ا و ب و ح .

(١٠) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « في حقهم » .

(١١) « شاء » ليست في ا و ح .

(١٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « استرق » .

بين الغامنين^(١)، إلا في حق مشركي العرب : فإنهم لا يسترقون ، ولكن يقتلون^(٢) إن لم يسلّموا - قال الله تعالى : « تقاتلونهم أو يسلمون »^(٣) .

فأما النساء والذراري^(٤) : « فـ > يسترقون كلهم ، العرب والعجم فيه سواء ، ولا يباح قتلهم ، لأنه^(٥) فيه منفعة للمسلمين^(٦) .

وليس^(٧) للإمام أن يمين على الأسرى ، فيترك^(٨) قتلهم ، لأن فيه إبطال حق الغزاة ، من غير رفع يرجع إليهم .

وهل يجوز أن يترك قتلهم بالمفاداة ، بأن يفادي بهم أسرى المسلمين ؟ عند أبي حنيفة : لا تجوز المفاداة^(٩) . وعند أبي يوسف ومحمد : تجوز المفاداة بهم^(١٠) .

ولا يجوز مفاداة^(١١) أسرى الكفار بما يؤخذ منهم - والمسألة معروفة .

(١) كذا في ا و ب و ح : « الغامنين » . وفي الأصل : « الغنائم » انظر الهامش السابق

(٢) في ب : « يقاتلون » .

(٣) الفتح ١٦ والآية : « قل للمؤمنين من الأعراب : استدعوا إلى قوم أولى بأُس شديد : تقاتلونهم أو يسلمون ، فإن طيعوا يؤتكم الله أجرا حسنا ، وإن تنولوا كمال توليتم من قبل يعذبكم عذاباً أليماً » .

(٤) جمع ذرية وهم النصارى (المصباح) .

(٥) في ا و ب و ح : « لأن » .

(٦) في ا و ح : « المسلمين » .

(٧) في ح : « ليس » .

(٨) في ب : « ويترك » .

(٩) « المفاداة » ليست في ب . قال في المغرب : « والمفاداة بين اثنين - يقال فاداه إذا

أطلقه وأخذ فديته . وعن المبرد : المفاداة أن يدفع رجلاً ويأخذ رجلاً ، والفداء أن يشتريه . وقيل : هما بمعنى » .

(١٠) « بهم » ليست في ب .

(١١) في ح كذا : « كنفاداة » .

ثم الإمام^(١) خيار آخر في حق أهل الكتاب ، وعبد الاوثان من المعجم : أن^(٢) يعقد معهم عقد الذمة^(٣) على أن يقبلوا^(٤) الجزية ، ويترك^(٥) الأراضى في أيديهم بالخراج ، كما فعل عمر رضى الله عنه بسواد^(٦) العراق في حق^(٧) مشركي المعجم .

فأما في حق مشركي العرب : <ف> لا يجوز أخذ الجزية منهم ، كما لا يجوز الاسترقاق ، فيقسم أراضيه بين^(٨) الغزاة ، لقوله عليه السلام : « لا يجتمع دينان في جزيرة العرب » .

. . .

ومنها - حكم الخمس ، فنقول :

إن^(٩) الخمس في زماننا يقسم على ثلاثة أسهم : سهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لأبناء السبيل . ولم يكن ذكر^(١٠) هؤلاء الأصناف على طريق الاستحقاق ، حتى لو صرف إلى صنف منهم ، جاز ، كما في الصدقة^(١١) .

(١) في ح : « الإمام » .

(٢) « أن » ليست في ا و ح .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل كذا : « يعقد منهم حق الذمة » .

(٤) « يقبلوا » غير واضحة في ح وتشبه أن تكون : « يقتاد » أو « يقتاو » .

(٥) في ب : « وترك » .

(٦) الباء من ا و ب و ح .

(٧) « حق » ليست في ا .

(٨) في ا : « من » .

(٩) « إن » ليست ا و ب و ح .

واختلف مشايخنا^(١) : يقال بعضهم بأن في زمن النبي عليه السلام كان^(٢) يقسم على خمسة أسهم : سهم للرسول صلى الله عليه ، وسهم لأقرباء الرسول عليه السلام^(٣) : للفقراء دون الأغنياء . وقال بعضهم : يصرف إلى الفقراء والأغنياء من الأقرباء ، وثلاثة أسهم^(٤) إلى ما ذكر الله تعالى في الكتاب^(٥) . وهذا عندنا .

وعند الشافعي : يقسم على خمسة أسهم^(٦) : سهم للرسول^(٧) يصرف^(٨) إلى كل^(٩) خليفة^(١٠) في زمانه ، وسهم ذوى القربى^(١١) يصرف إلى بنى هاشم من أولاد فاطمة وغيرها ، وثلاثة أسهم أخرى إلى ما نص الله عليهم^(١٢) .

(١) في ا و ح : « المشايخ » .

(٢) « كان » من ا و ح .

(٣) « عليه السلام » من ا و ح . وانظر فيما يلي الهامش هـ

(٤) « أسهم » ليست في ا و ح .

(٥) المقصود قوله تعالى : « واعلموا أننا غنمتم من شيء فأن لله خمسة والرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل لأن كنتم آمنتم بالله وما أنزنا على عبدنا يوم الفرقان يوم التقى الجمعان والله على كل شيء قدير » سورة الأنفال : ٤١ — راجع الكاساني ، ٧ : ١٢٤ : من أسفل .

(٦) « سهم للرسول ... خمسة أسهم » ساقطة في ب .

(٧) في ا و ح : « سهم للرسول عليه السلام » .

(٨) « يصرف » من ا و ب و ح .

(٩) « كل » ليست في ح و ا . انظر الهامش التالي

(١٠) في ا : « إلى خليفته » . راجع الهامش السابق

(١١) « ذوى القربى » من ب .

(١٢) « عليهم » ليست في ب . راجع فيما تقدم الهامش هـ

وعندنا^(١) على الوجه الذى كان ، < وقد > بقى تابنا^(٢) ، وهم فقراء القرابة^(٣) ، سوى سهم الرسول عليه السلام : فإنه سقط بوفاته - والمسألة معروفة .

ثم الخمس إنما يجب فيها^(٤) يؤخذ من أموال أهل الحرب ، إذا أخذ^(٥) إما بإذن الإمام ، أو^(٦) بقوة قوم لهم منعة وشوكة ، فإن الغنيمة اسم للمال يؤخذ^(٧) على طريق القهر والغلبة^(٨) : أما فى المنعة فظاهر^(٩) . وكذا إذا أذن الإمام^(١٠) لسرية أو لواحد ، حتى يدخل للإغارة^(١١) ، بخمس ما أصابه ، لأنه أخذ بقوة الإمام ومعاونته والإمداد عند الحاجة . فأما إذا دخل قوم ، لا منعة لهم ، بغير إذن الإمام ، وأخذوا شيئاً : لا يجب فيه الخمس ، عندنا - خلافاً للشافعى ، وهم^(١٢) بمنزلة للصمص

(١) « نا » فى « عندنا » ساقطة فى ح .

(٢) فى كزنا : « بقى تابنا » . وفى الكسانى (٧ : ١٢٥ : ٩ - ١٠) : « وأما » .

عندنا فعلى الوجه الذى كان بقى .

(٣) فى ا و ح : « فقراء ذوى القربى » . راجع الصفحة السابقة .

(٤) « يجب فيها » من ا و ب .

(٥) « إذا أخذ » ليست فى ا و ب و ح .

(٦) « أو » ليست فى ح .

(٧) فى ب : « لما يؤخذ » . وفى ا و ح : « اسم المال يؤخذ » .

(٨) « والغلبة » من ب .

(٩) فى ا و ح : « ظاهر » .

(١٠) « الإمام » من ا و ح .

(١١) فى ح و ب : « الإغارة » .

(١٢) فى ح : « وهم » .

والتجار : ظفروا^(١) بـمال أهل الحرب ، خفية ، وأخرجوه^(٢) - يكون ملكا^(٣) لهم خاصة ، ولا خمس فيه ، لأنه ليس بغنيمة .

. . .

هذا الذى ذكرنا حكم أموال الكفار التى أخذت منهم^(٤) .
وأما حكم أموالنا التى أخذوا من المسلمين ، بالقهر والغلبة فى دار الإسلام - فقبل أن يحرزوا^(٥) بدار الحرب : لا يثبت الملك لهم . وإن أحرزوا : يثبت الملك لهم^(٦) - عندنا ، خلافاً له^(٧) .

وكذا الجواب فى عبيدنا : إذا أخذوا فى دار الإسلام .
فأما إذا أبقي العبد منا ودخل دار^(٨) الحرب ، ثم أخذوه ، وأسروه : لا يصير ملكا لهم^(٩) عند أبى حنيفة - وعندهما : يملكونه^(١٠) .
وأجمعوا أنهم إذا^(١١) أخذوا مدبرينا ، ومكاتبينا ، وأمهات أولادنا -

(١) فى ا و ح : « إذا ظفروا » .

(٢) كذا فى ا و ح . وفى الاصل و ب : « وأخرجوا »

(٣) « ملكا » ليست فى ب .

(٤) « منهم » ليست فى ا .

(٥) فى ا : « يحرزوا » .

(٦) « لهم » من ا و ح .

(٧) فى ا و ب و ح : « عندنا - وعند الشافعى : لا يثبت » . وفى الكسانى (٧ : ١٢٧ : ٣

من أسفل) : « وقال الشافعى رحمه الله : لا يملكونها » .

(٨) فى ب : « فى دار » .

(٩) « لهم » ليست فى ب .

(١٠) « يملكونه » ليست فى ح .

(١١) « إذا » ليست فى ح .

أنهم لا يملكون^(١)، حتى لو وجد المالك^(٢) القديم، يأخذه من غير^(٣) شيء: قبل القسمة، وبعد القسمة، وفي^(٤) يد التاجر.

. . .

فأما كل مال ملكوه : < ف > إن وجد قبل القسمة^(٥) يؤخذ^(٦) بغير شيء . وإن كان بعد القسمة . يؤخذ^(٧) بالقيمة . وإن وجد^(٨) في يد تاجر أخرجه إلى دار الإسلام ، فإنه يأخذ بالثمن إن شاء ، لأن للمالك القديم^(٩) حق التملك^(١٠) بالبدل كالشفيع - وهذا في غير المكيل والموزون - فأما في المثليات^(١١) ، فلا^(١٢) يأخذ ، لأنه لا^(١٣) فائدة في أن يأخذ شيئاً ويعطى مثله .

. . .

ولو أن حربياً ، دخل دار الإسلام ، بغير أمان : يصير فيئاً^(١٤) لجماعة

(١) في ا و ح : « لا يملكونها » .

(٢) في ب : « مالكه » . وفي الأصل : « مالك » . وفي ا و ح : « لو وجد المالك » .

(٣) في ا و ح : « بغير » .

(٤) في ا و ح : « ومن يد » .

(٥) « وبعد القسمة . . . قبل القسمة » تكررت في ب .

(٦) في ا و ح : « لأن وجدوه قبل القسمة أخذه » .

(٧) في ا و ح : « يأخذون » .

(٨) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « وجد » .

(٩) « القديم » ليست في ا و ح .

(١٠) في ا و ب و ح : « التملك » .

(١١) في ا و ح : « فأما في المكيلات والموزونات » .

(١٢) في ح : « ولا » .

(١٣) « لا » ليست في ب .

المسلمين - حتى^(١) . لو أسلم^(٢) قبل أن يأخذه واحد من المسلمين : فإنه لا^(٣) يعتق - وهذا عند أبي حنيفة . فأما عندهما : < ف > يصير ملكا للأخذ^(٤) - حتى لو أسلم قبل الأخذ : يكون حرا .

وأجمعوا أنه إذا عاد ، إلى دار الحرب ، قبل الأخذ ، ثم أسلم - يكون حرا ، لأن حق^(٥) أهل دار الإسلام لم يتأكد^(٦) عند أبي حنيفة ، وعندهما : لم^(٧) يثبت .

فإن دخل بأمان ، ثم أخذ^(٨) - يصح الأمان ، ولا يصير ملكا للأخذ^(٩) ، لكن يقول له^(١٠) الأمام : « إن رجعت قبل سنة^(١١) : فلا^(١٢) شيء عليك ، وإن مضت^(١٣) سنة : وضعت عليك الجزية وصرت ذميا » - فإن ذهب قبل مضي السنة ، وإلا صار راضيا بالذمة ، ويصير ذميا^(١٤) .

(١) « حتى » ليست في ا و ح .

(٢) في ح : « أسلموا » .

(٣) في ا و ح : « فإنه يعتق » . والصحيح ما في المتن : انظر الكاساني ، ٧ : ١١٧ .

(٤) في ا و ح : « الآخر » .

(٥) « حق » ليست في ا و ح .

(٦) في ا و ح كذا : « ينال » .

(٧) « لم » ليست في ا و ح .

(٨) في اكذا : « بأمان أحد » . وفي ح : « بأمان اخذ » . وفي ب : « بأمان آخر » .

(٩) في ا و ب و ح : « لا أحد » .

(١٠) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « به » .

(١١) « سنة » ليست في ب .

(١٢) في ح : « ولا » .

(١٣) في ح : « مضيت » .

(١٤) زاد في ب : « والله أعلم » .

باب

أخذ الجزية، وعكس المرتدين

أما ^(١) حكم الجزية - فنقول :

إن أخذ الجزية، وعقد الذمة - مشروع ^(٢) في حق جميع ^(٣) الكفار، إلا ^(٤) في حق ^(٥) مشركي العرب، والمرتدين - فإنه لا يقبل منهم الجزية، كما لم يشرع فيهم ^(٦) الاسترقاق .

فأما في حق أهل الكتاب، فلقوله ^(٧) تعالى : « حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » ^(٨) .

وأما في حق المعجم - فبحديث ^(٩) عمر رضي الله عنه : أنه فتح سواد

(١) في ا و ح : « قال رحمه الله : أما » .

(٢) كذا في ا و ب و ح : « مشروع » . وفي الأصل : « مشروعة » .

(٣) في ا و ب و ح : « سائر » .

(٤) في ا و ح : « لا » .

(٥) « حق » من ا و ب و ح .

(٦) « فيهم » ليست في ا و ح وفي ب : « في حقهم » .

(٧) الفاء من ب .

(٨) التوبة : ٢٩ - والآية : « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون

ما جرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » .

(٩) في ا و ح : « فالحديث » .

العراق ، وضرب الجزية على جماجمهم^(١) ، ووضع الحراج على^(٢) أراضيهم .
ثم الجزية إنما تشرع^(٣) في حق المقاتلين ، من الرجال ، العقلاء ،
الأحرار ، الأصحاء - دون النساء ، والصبيان ، والمجانين ، والأرقاء ،
لأنها^(٤) تجب على من يجب عليه القتل .

ثم الجزية^(٥) على التفاوت - في حق الموسر المكثر : في كل سنة ، ثمانية
وأربعون درهما . وفي حق المتوسط^(٦) : أربعة وعشرون . وفي حق الفقير
المعتمل ، أغنى القادر على العمل والكسب^(٧) : اثنا عشر درهما^(٨) - حتى
لا يجب على الزمن ، والأعمى ، والشيخ الفاني^(٩) ، إذا لم يكونوا^(١٠)
أغنياء ، وإذا كانوا أغنياء^(١١) ، فكذلك^(١٢) ، في طاهر الرواية ، لأن
هؤلاء ليسوا من أهل القتل . وعن أبي يوسف ، في روايته ، أنه يجب

(١) في ا و ح : « جماعتهم » .

(٢) « على » ليست في ح .

(٣) في ب : « شرعت » .

(٤) « نها » في « لأنها » ساقطة في ح فتقرأ : « والأزقاء لا تجب .. » . وفي ب : « لأنها

لا تجب » . راجع الكاساني ، ٧ : ١١١

(٥) « الجزية » من ا و ب و ح .

(٦) في ا و ح : « وفي المتوسط » .

(٧) « والكسب » ليست في ح .

(٨) « درهما » من ب .

(٩) في ا و ب و ح : « والشيخ الكبير » .

(١٠) في ح كذا : « لم يكن » .

(١١) « وإذا كانوا أغنياء » ليست في ا .

(١٢) في ح : « وكذلك » .

على الأغنياء منهم^(١) .

وعلى هذا - في التغلبي^(٢) الفقير الذي لا يقدر على العمل^(٣) : لا شيء عليه ، لأن الصدقة المضاعفة جزية حقيقة^(٤) .

(١) في ١ و ٢ « وعن أبي يوسف ومحمد روايتان : أنه (في ١ : لأنه) لا تجب الأغنياء (في ١ : على الأغنياء) منهم » . وفي السكاساني (٧ : ١١١ : ٩ - ٨ من أسفل) « وروى عن أبي يوسف أنها (الصلاة عن الزمالة والعمى والكبر) ليست بشرط وتجب على هؤلاء إذا كان لهم مال » .

(٢) في ح و ب : « التغلبي » وانظر الهامش بعد التالي .

(٣) « الذي لا يقدر على العمل » من ب .

(٤) قال الكمال بن الهمام في فتح القدير (٧ : ٣٨٢ - ٣٨٣) : « أفرد أحكام نصارى

بنى تغلب بفصل لأن حكمهم مخالف لسائر النصارى . وتغلب بن وائل من العرب من ربيعة ، تنصروا في الجاهلية . فلما جاء الإسلام ثم زمن عمر دعاهم عمر رضي الله عنه إلى الجزية ، فأبوا ، وأتوا ، وقالوا : « نحن عرب - خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة » فقال « لا آخذ من مشرك صدقة » فلحق بعضهم بالروم ، فقال النعمان بن زرة : يا أمير المؤمنين إن القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأفنون من الجزية ، فلا تمن عليك عدوك بهم ، وخذ منهم الجزية باسم الصدقة - فبعت عمر رضي الله عنه في طلبهم . وضعف عليهم . فأجمع الصحابة على ذلك ، ثم الفقهاء . وفي رواية أبي يوسف بسنده إلى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي أنه قال لعمر رضي الله عنه : « إن بني تغلب ... الحديث إلى أن قال : فصالحهم عمر رضي الله عنه على أن لا ينمسوا أحداً من أولادهم في النصرانية وبضاعف عليهم في الصدقة وعلى أن يسقط الجزية من رؤوسهم أنه ففى كل أربعين شاة لهم شاتان ولا زيادة حتى تبلغ مائة وعشرين ففيها أربع شياه ، وعلى هذا في البقر والإبل . ثم اختلف الفقهاء : هل هي جزية على التحقيق من كل وجه أو لا ؟ فقيل : من كل وجه ، فلا يؤخذ من المرأة والصبي ، فلو كان المرأة ماشية ونقود لا يؤخذ منها شيء . وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة - قال الكرخي : وهذه الرواية أقيس ، وهو قول الشافعي ، لأن الواجب بكتاب الله تعالى عليهم الجزية فإذا صالحوهم على مال جمل واقاموهم المستحق يؤيده قول عمر رضي الله عنه : « هذه جزية سموها ماشيتهم » ، وقال أصحابنا : هو وإن كان جزية في المعنى فهو واجب بشرائط الزكاة وأسبابها إذ الصالح وقع على ذلك ولهذا لا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من الغائب ويعطى جالساً إن شاء ولا يؤخذ بتلميذه » .

وانظر أيضاً : الخراج لأبي يوسف ، ص ٦٨ - ٦٩ . وتكملة عبارة عبادة التي وردت في فتح القدير : « لأن بني تغلب من قد علمت شوكتهم وإنهم يبايئون العدو فإن ظاهرها عليك العدو اشتدت مؤثمتهم فإن رأيت أن تطيعهم شيئاً فافعل - قال : فصالحهم ... » الخراج ص ٦٨ .

وكذلك إن مرض الذمي أكثر السنة : لا تجب الجزية ، لأن الصحة شرط^(١) .

وكذلك أهل الصوامع ، والرهايين ، والسياحون^(٢) : يؤخذ منهم الخراج^(٣) ، إذا كانوا ممن^(٤) يقدرّون على العمل . وعن محمد أنه لاخراج عليهم ، لأنهم لا يقتلون إذا لم يكن منهم شر ظاهر ، فلا^(٥) تؤخذ منهم الجزية .

ثم الجزية تجب زجرا لهم عن الكفر في المستقبل عند^(٦) أبي حنيفة - حتى تؤخذ منهم الجزية في السنة التي يعقد فيها الذمة^(٧) . وإذا مضت السنة لا يؤخذ ، لما مضى . وعندهما : تؤخذ ، مادام ذميا ، لما مضى .

ولقب المسألة أن الموانيد^(٨) هل تؤخذ أم لا ؟ فعنده :

- (١) « وكذلك ... شرط » ليست في او ح .
- (٢) كذا في ب . وفي الأصل : « وكذلك على أهل الصنائع ... والساجون » . وفي او ح : « والشيخين » - وهي جم السباح وهو الكثير السباحة (المنجد) .
- (٣) « يؤخذ منهم الخراج » ليست في او ح . وفي ب بدلا منها : « عليهم الخراج » .
- (٤) كذا في ب . وفي الأصل : « مما » . وليست في او ح .
- (٥) في ح كذا : « إذا لم يكن شرطا ظاهرا ولا » . وفي ا : « إذا لم يكن شرط ظاهرا فلا » .
- (٦) في ب : « عن » .
- (٧) في او ح : « يعقد فيها مع أهل الذمة » .
- (٨) في ا : « المراتيد » . وفي ح : « الموانيد » . وفي ب كذا : « الموانيد » وفي الأصل كذا : « الموانيد » . وفي الكسائي (٧ : ١١٢ : س ٢٦) : « الموانيد » وفي الهامش كتب : « كذا في الأصل وفي نسخة هكذا بالموانيد » . وفي المغرب : « موانيد الجزية : بقاياها - جمع مانيد - وهو ممر » . والمقصود بالموانيد بقايا الجزية حالة ما إذا مضى على الذمة سنة كاملة ودخلت سنة أخرى قبل أن يؤديها الذمي فهل تؤخذ منه الجزية للسنة الماضية ؟ عنده : لا تؤخذ للسنة الماضية . وعندهما : تؤخذ للسنة الماضية مادام ذميا وهو ما سبق في المتن (انظر الكسائي ، ٧ : ١١٢ : ٢٤ - وما بعده) .

لا^(١) تؤخذ ، خلافا لصاحبه^(٢) .

وأما إذا أسلم الذمى ، أو مات : تسقط الجزية عندنا ، خلافا للشافعى -
والمسألة معروفة .

وأما حكم أهل الردة - فنقول :

لهم أحكام :

من ذلك - أن الرجل المرتد يقتل ، لاحالة ، إذا لم يسلم ، ولا يسترق -
لكن المستحب أن يعرض عليه الإسلام أولاً ، فإن أسلم^(٣) ، وإلا
فيقتل^(٤) من ساعته ، إذا لم يطلب التأجيل .
فأما إذا طلب التأجيل^(٥) ، إلى ثلاثة أيام ، لينظر في أمره - فإنه
يؤجل ، ولا يزداد عليه^(٦) .

ولكن مشايخنا قالوا : الأولى أن يؤجل ثلاثة أيام ، ويحبس ،
ويعرض عليه الإسلام ، فإذا وقع اليأس ، فحينئذ^(٧) يقتل .
فأما^(٨) المرأة : < ف > لا تقتل عندنا . خلافاً للشافعى ، ولكنها تحبس ،
وتجبر على الإسلام ، وتضرب في كل ثلاثة أيام ، إلى أن تسلم^(٩) .

(١) « لا » من ب - راجع الهامش السابق .

(٢) في ا و ح : « صاحبه » .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « فإن أتى » .

(٤) في ا و ح : « يقتل » .

(٥) « فأما ... التأجيل » ليست في ب .

(٦) « عليه » ليست في ا و ح .

(٧) في ب كذا : « الناس حينئذ » . وانظر الهامش التالي

(٨) « يؤجل ثلاثة أيام ... يقتل فأما » ليست في ا و ح .

(٩) في ب : « حتى تسلم » .

وكذا الجواب في الامة ، إلا أن الامة تحبس في بيت المولى ، لأن ملكه قائم ، بخلاف المرتدة المنكوحه^(١) : فإن النكاح قد^(٢) بطل بالردة . ولو لحقت بدار الحرب ، ثم ظهر^(٣) المسلمون عليهم ، لهم أن يسترقوا المرتدة ، دون المرتد^(٤) .

فأما الصبي العاقل - إذا ارتد : فردته صحيحة عند أبي حنيفة ومحمد ، كإسلامه . وعند أبي يوسف : إسلامه صحيح ، دون ارتداده^(٥) . وعند الشافعي : لا يصح كلاهما - والمسألة معروفة . لكن لا يقتل ويعرض عليه الإسلام ، ولكن لا يحبس ، ولا يضرب ، وإذا بلغ الآن يعرض عليه الإسلام^(٦) ، جبراً ، ويحبس ، ويضرب ، لكن لا يقتل ، لأنه لا يجب

(١) « المنكوحه » من ا و ح .

(٢) « قد » ليست في ح .

(٣) في ا و ح : « ظهر » .

(٤) « دون المرتد » ليست في ب .

(٥) « دون ارتداده » ليست في ث . وفي ا و ح بدلا منها : « وارتداده لا يصح » .

(٦) « ولكن لا يحبس ولا يضرب وإذا بلغ .. الإسلام » ليست في ح و ا فالعبارة

فيها كما يأتي : « ولكن لا يقتل ويعرض عليه الإسلام جبراً ، ويحبس ويضرب ولكن لا يقتل .

لأنه لم يجب القتل بهذه الردة » . وهذا موافق في ظاهره لما في الكشاف (٧ : ١٣٤ : ٢٢ .

و ص ١٣٥ : ٦ من أسفل) . وفي الكنز « وارتداد الصبي العاقل صحيح كإسلامه ويجبر عليه ولا

يقتل » (الزيامي ، التبيين ، ج ٣ ، ص ٢٩٢) . وفي السرخسي (المبسوط ، ١٠ : ١٢٢) :

« فأما إذا ارتد هذا الصبي العاقل ... وإذا حكم بصحة رده بانتهائه امرأته ولكنه لا يقتل

استحساناً ، لأن القتل عقوبة وهو ليس من أهل أن يلتزم العقوبة في الدنيا بمباشرة سببها كسائر

العقوبات » . وفي ابن عابدين ما يؤيد ما في المتن ويفصل هذه العبارة التي نقانها لاذ قال (ح

٣ ، ص ٣١٦ - الطبعة الثالثة الأميرية) : « قوله : « ويجبر عليه بالضرب » أي والحبس كما مر -

قانا : والظاهر أن هذا بعد باوغه لما مر أن الصبي ليس من أهل العقوبة ولما في كافي الحاكم : وإن

ارتد الغلام المراهق عن الإسلام لم يقتل ، فإذا أدرك كافراً حبس ولم يقتل » .

القتل بهذه الردة .

وعلى هذا - الصبي إذا حكم بإسلامه تبعاً لأبويه ، ثم بلغ كافراً ، ولم يسمع منه إلا إقرار بعد البلوغ : فإنه يجبر على الإسلام ، ولكن لا يقتل أيضاً . فأما إذا سمع منه إلا إقرار بعد البلوغ : يقتل إذا ارتد^(١) .

والسكران - إذا ارتد في حال ذهاب عقله^(٢) : < ف > القياس أن تصح رده^(٣) في حق الأحكام ، وفي الاستحسان : لا تصح . وإن ذهب عقله بسبب البرسام^(٤) والائغماء ، فارتد في تلك الحالة : لا تصح رده ، قياساً ، واستحساناً - لأن الكفر لا يصح بدون القصد .

ومنها - حكم مال^(٥) المرتد وتصرفاته :

قال أبو حنيفة : إنه موقوف^(٦) : فإن^(٧) مات ، أو قتل على رده ، أو لحق بدار الحرب^(٨) - بطل جميع ذلك ، إلا أن يدعى ولد جارية له^(٩)

(١) « إذا ارتد » من أ و ح .

(٢) في ب : « العقل » .

(٣) في ب : « الردة » .

(٤) قال في المصباح : البرسام داء معروف وفي بعض كتب الطب أنه ورم حاز يمرض للحجاب الذي بين الكبد والمعى ثم يتصل بالدماغ . قال ابن دريد : البرسام مغرب .

(٥) « مال » ليست في ب .

(٦) في ح و ا : « قال أبو حنيفة : موقوف » . وفي ب : « قال أبو حنيفة : موقوفة » .

(٧) الفاء من ب .

(٨) في أ و ح زادها : « وقضى القاضي بلحاظه » وسيأتي (ص ٥٣٤) قوله : « لكن هل

يشترط قضاء القاضي بلحاظه ؟ ففيه روايتان » .

(٩) في ب : « لم يثبت » . وعبارة الكاساني (١٣٦ : ٧) : « وأجمعوا

على أنه يصح استيلاده حتى إنه لو استولد أمته فادعى ولدها < ف > فإنه يثبت النسب وتصير الجارية أم ولده » .

< ف > يثبت نسبه، وتصير الجارية أم ولد له . وإن أسلم ، صح ذلك كله ، لأن ماله موقوف ، عنده ، بين أن يصير لورثته من وقت الردة ، وبين أن يبقى له إذا أسلم ، فالتصرفات المبنيّة عليه كذلك .

وعند أبي يوسف : تصرفاته صحيحة، مثل تصرف الصحيح .

وعند محمد : تصرفاته مثل تصرف المريض : لا تصح تبرعاته إلا من الثلث ، لأن عندهما ملكه باق بعد الردة ، وإنما يزول بالموت والقتل و^(١)اللاحاق بدار الحرب .

وأما حكم مال المرتدة^(٢) وتصرفاتها: < ف > مثل قولهما في المرتد^(٣) عند أبي حنيفة ، لأنها لا تقتل .

ومنها - حكم ميراث المرتد :

إذا مات ، أو قتل ، أو لحق بدار الحرب - وترك ماله في دار الإسلام : قال أبو حنيفة : فما^(٤) اكتسبه في حال الإسلام . فهو^(٥) ميراث لورثته المسلمين^(٦) ، وما اكتسبه في حال الردة^(٧) ، فهو في^(٨) .

(١) في ا و ح : « أو القتل أو » . وفي ب : « والقتل أو » .

(٢) في ح كذا : « ماله المرتد »

(٣) « في المرتد » من ا و ح . وفي ب : « مثل قول أبي حنيفة ... » وفي الكاساني (٧ :

١٣٧ : ٤) : « وأما المرتدة فلا يزول ملكها عن أموالها ، بخلاف - فتجوز تصرفاتها في مالها بالإجماع ، لأنها لا تقتل ... » .

(٤) في ا و ب و ح : « ما » .

(٥) « فهو » ليست في ا و ح .

(٦) « المسلمين » ليست في ب .

(٧) في ب : « رده » .

(٨) راجع فيها تقدم ص ٥١٠ .

وعندهما : السكل ميراث .

ثم عندهما^(١) : يعتبر حال الوارث ، وقت الموت ، والقتل ، دوز الردة : < ف> إن كان^(٢) مسلماً حراً يرث^(٣) ، وإلا فلا .

وعن أبي حنيفة روايتان : فى رواية : يعتبر حال الردة لا غير . وفى رواية : يعتبر حال الردة والدوام إلى وقت الموت والقتل .

وكذلك إذا لحق بدار الحرب : فإنه يورث ماله ، لأن اللحاق^(٤) بدار الحرب بمنزلة الموت .

لكن هل يشترط قضاء القاضى بلحاظه ؟ ففيه^(٥) روايتان .

والكن^(٦) القاضى يحكم بعق أمهات أولاده ، ومديرية^(٧) .

وأما المكاتب - < ف> إذا أدى بدل الكتابة إلى ورثته^(٨) : عتق ، ويكون الولاء للمرتد^(٩) ، ويقوم الورثة مقامه فى حق قبض بدل الكتابة ، كما إذا مات المولى وترك مكاتباً^(١٠) .

(١) « ثم عندهما » ليست فى ا و ح .

(٢) « كان » ليست فى ح .

(٣) فى ا و ح : « يورث » .

(٤) فى ب : « اللحاق » .

(٥) فى ا و ح : « فيه » . راجع الهامش ٨ ص ٥٣٢

(٦) فى ا و ح : « وكذا القاضى » . وفى ب : « وكذلك القاضى » .

(٧) فى ح و ا : « ومديرية » .

(٨) فى ب : « الورثة » .

(٩) فى ا و ح : « للمدير » .

(١٠) « مكاتباً » ليست فى ا .

ولو^(١) أن المرتد ، بعدما لحق بدار الحرب عاد^(٢) إلى دار الإسلام مسلماً : < فـ > إن كان قبل قضاء القاضى بلحاظه : فما له على حاله ، ولم يعتق مدبروه ومكتاتبه وأمهات أولاده^(٣) . وإن كان بعد القضاء^(٤) : فما وجد من ماله ، فى يد وارثه^(٥) ، بحاله^(٦) - فهو أحق به ، كأنه^(٧) وهب منه^(٨) ، وله أن يرجع . وما زال عن ملكه ، بالتملك أو بالاكمل ، فلا رجوع فيه^(٩) .

ولاسبيل له^(١٠) على أمهات الأولاد^(١١) ، والمدبرين ، ولا يفسخ^(١٢) عتقهم^(١٣) ، لأنه لا يحتل الفسخ . وإن^(١٤) وجد بدل الكتابة فى يد الورثة يأخذه^(١٥) ، وإلا فلا شيء على الورثة^(١٦) د^(١٧) .

(١) فى او ح : « فـ او » .

(٢) كذا فى ب . وفى الأصل و او ح : « ثم عاد » .

(٣) « وأمّهات أولاده » من ب .

(٤) فى او ح : « بعد قضاء القاضى » .

(٥) فى او ب و ح : « ورثته » .

(٦) فى ح : « بحال » .

(٧) فى ب : « ... بحاله أخذه لأنه أحق كأنه » .

(٨) « منه » ليست فى ح .

(٩) « فيه » من او ب و ح .

(١٠) « له » من او ب و ح .

(١١) فى ب : « أمّهات أولاده » .

(١٢) فى او ح : « ولا يصح » .

(١٣) تقدم أن القاضى يحكم بعتقهم (ص ٥٣٤) - انظر أيضا الكسانى (٧ : ١٣٧ : ٢١)

حيث يقول : « وأما ما أعتق الحاكم من أمّهات أولاده ومدبريه » .

(١٤) فى او ح : « فإن » . (١٥) الهاء من او ب و ح .

(١٦) فى ا : « وإلا فلا » هـ . وفى ح كذا : « وإلا ولا » هـ .

(١٧) قال الكسانى (٧ : ١٣٧ : ٢٢) : « وكذا المكاتب : إذا كان أدى المال إلى ... »

باب

(١) أَعْطَاهُمُ الْبَغَاةُ

قال (٢) :

إذا خرج طائفة على الإمام ، على التأويل ، وخالفوا الجماعة :
 <ف> إن لم يكن لهم منعة : فللا إمام أن يأخذهم ويحبسهم ، حتى
 يحدثوا توبة .

وإن كانت لهم منعة : فإنه يجب على الذين لهم (٣) قوة وشوكة ،
 أن يعينوا إمام (٤) أهل العدل ، ويقاتلوهم حتى يهزم موهم ، ويقتلوهم .
 و (٥) بعد الانهزام يقتلون مدبريهم ، وأسرارهم (٦) ، ويجزون على جريحتهم .
 وأصله قوله تعالى : « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن
 بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله » (٧) .

الورثة ، لا سبيل عليه أيضا ، لأن المكتات عتق بأداء المال ، والتحق لا يحتمل الفسخ . وما
 أدى إلى الورثة إن كان قائما أخذه ، وإن زال ملكهم عنه لا يجب عليهم ضمانه كسائر أمواله لما
 بينا . وإن كان لم يؤد بدل الكتابة بعد يؤخذ بدل الكتابة ، وإن عجز عاد رقيقا له .

وزاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

(١) راجع فيما تقدم « البغاة » ص ٢٥١ - ٢٥٢ .

(٢) « قال » ليست في ب . وفي ا و ح : « قال رحمه الله »

(٣) في ح : « له » .

(٤) « إمام » ليست في ح و ب .

(٥) « و » من ا و ب و ح .

(٦) في ا و ب و ح : « وأسرارهم » .

(٧) كذا في ب . وأيضا في ا و ح . وفي الأصل أورد : « ولن ... اقتتلوا » فقط .

وهي الآية التاسعة من سورة الحجرات والآية والتي بعدها : « ولن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا »

وإن عفا الإمام عن أسراهم : فلا بأس به أيضاً .

وإن لم يكن لهم منعة يتجاوزون إليها : فليس للإمام أن يقتل أسراهم ولا مدبريهم ، ولكن يحبسهم حتى يحدثوا توبة . ثم يخلى سبيلهم ^(١) . ثم بعد التوبة : ما أخذ الإمام من أموالهم وسلاحهم ، وهو قائم - يرد إليهم . وما استهلكوه ^(٢) ، فلا ضمان عليهم .

وكذا في جانب أهل البغي : إذا أتلفوا أموال أهل العدل .

وأصله حديث الزهري ^(٣) : أنه قال : وقعت الفتنة ، فاجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهم متوافرون ^(٤) ، على

== فأصلحوا بينهما فإن بنت لهما على الأخرى فقاتلوا حتى تفيء إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحون .

(١) « وإن لم يكن لهم منعة ... سبيلهم » من ب . والعبارة في الأصل : « ... فلا بأس به أيضاً إن لم يكن منعة يتجاوزون إليهم . وليس للإمام أن يقتل أسراهم ولا مدبريهم ولكن يحبسهم حتى يحدثوا توبة ثم يخلى سبيلهم » . وفي ح : « وإن يكن منعة يتجاوزون إليهم فليس للإمام أن يقتل أسراهم ولا مدبريهم ولكن يحبسهم حتى يحدثوا توبة فيخلى سبيلهم » . وفي ا : « وإن يكن منعة يتجاوزون إليهم . (كما في ح) » . وفي الكاساني (٧ : ١٤٠ : السطر الثاني من أسفل - ١٤١) : « الإمام إذا قاتل أهل البغي فهزمهم وولوا مدبرين : فإن كانت لهم منعة يتجاوزون إليها فينبغي لأهل العدل أن يقتلوا مدبرهم ويجهزوا على جريحهم لئلا يتحيزوا إلى الفتن فيمتنعوا بها فيكروا على أهل العدل وأما أسيرهم فإن شاء الإمام قتله استئصالاً لشأفتهم وإن شاء حبسه لاندفاع شره بالأسر والحبس . وإن لم يكن لهم منعة يتحيزون إليها لم يتبع مدبرهم ولم يجهزوا على جريحهم ولم يقتل أسيرهم لوقوع الأمن عن شرهم عند انقضاء الفتنة » - انظر الهداية وفتح القدير ، ٤ : ٤١١ وما بعدها .

(٢) في ا : « وما استهلكه » . وفي ح : « وما استهلاكه » .

(٣) تقدمت ترجمته في الهامش ٧ س ٩١ من الجزء الأول .

(٤) كذا في ا ب و ح . وفي الأصل : « ... أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله » .

متوافقون » . وانظر الكاساني (٧ : ١٤١ : ١٠ من أسفل) وابن الهمام ، ٤ : ١٤٠ .

أن^(١) كل دم أريق بتأويل القرآن فهو هدر ، وكل مال^(٢) أُلِف فلا
بتأويل القرآن^(٣) فلا ضمان فيه ، وكل فرج استبيح بتأويل القرآن^(٤) فلا
حد فيه ، وما كان قائماً يُرد^(٥) .

وهذا إذا أتلَفوا في حال التجبر والمنعة^(٦) .

فأما إذا أتلَفوا ما لهم ونفوسهم قبل ظهور المنعة ، أو بعد الانزِام -
فإنهم يضمنون ، لأنهم من أهل دار الإسلام .

وهذا جواب الحكم ، وإنما نغنى به أن^(٧) يضمن كل واحد من
الفریقین للآخر^(٨) ما أتلَف^(٩) من النفس والأموال ، لكونها معصومة
في هذه الحالة ، إلا بطريق الدفع .

ثم كل من^(١٠) لا يباح قتله^(١١) من أهل الحرب^(١٢) ، لا يباح قتله^(١٣)

(١) « أن » ليست في ح .

(٢) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « وكل ما أناف » .

(٣) و (٤) « القرآن » ليست في ا و ح .

(٥) كذا في ح و ب . وفي الأصل : « رد » .

(٦) في ب : « أتلَفوا حال المنعة والتجيز » .

(٧) في ا و ح كذا : « ... الحكم فأما نغنى أنه يضمن » . وفي ب : « الحكم فأما معنى

أن يضمن » .

(٨) في ب : « الآخر » .

(٩) في ح : « وأُلِف » .

(١٠) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « ما لا يباح » .

(١١) في ب : « قتلهم » .

(١٢) « الحرب » ليست في ا و ح .

(١٣) في ا و ب و ح : « قتلهم » .

من أهل البغى ، إلا إذا وجد القتال^(١) من العبيد والنسوان^(٢) والشيوخ - فحينئذ يقتلون في حالة القتال . وبعد الانهزام لا يباح . ويكره أن يبعث برؤوس البغاة أو^(٣) الحربى إلى الآفاق - إلا إذا كان في ذلك^(٤) وهن لهم^(٥) : فلا بأس به .

ثم قتلى^(٦) أهل العدل شهداء : يفعل بهم مثل ما^(٧) يفعل بالشهداء : يكفنون في ثيابهم^(٨) ولا يغسلون ، ويصلى عليهم . فأما قتلى أهل البغى : < ف > لا يصلى عليهم ، سواء كان لهم منعة^(٩) أو لم يكن - وهو الصحيح . ولكن يغسلون ، ويكفنون ، ويدفنون ، لأن هذا من شيمة الموتى^(١٠) .

وأما قضاء قاضى^(١١) أهل البغى بشهادة أهل البغى - < ف > لا يصح ، لاحتمال أنه قضى بما هو باطل عندنا ، لأنهم يستحلون أموالنا

(١) فى ب : « القتال » .

(٢) فى ب : « والنسا » .

(٣) فى ح : « و » .

(٤) فى ا و ح : « فيه » .

(٥) فى ح : « لهن » .

(٦) فى ا و ب : « قتل » .

(٧) فى ب : « بهم ما يفعل » . وفى ا و ح : « بهم كما يفعل » .

(٨) فى ب : « بثيابهم » .

(٩) فى ا و ب و ح : « قوة » .

(١٠) فى ب : « لأن هذا من سنة الموت » . وفى ا : « لأن هذا سنة الموتى » .

وفى ح : « لأن هذا فى سنة الموتى » .

(١١) فى ا : « القاضى » .

ودماءنا ، ولا يقبل قاضى أهل العدل^(١) كتاب قاضيه^(٢) ، لما ذكرنا من الاحتمال .

وإذا تابوا ، ورجعوا ، ينظر الإمام فى قضاياه : < فـ > إن قضى بما هو الحق بشهادة أهل^(٣) العدل : ينفذ ، وإلا فيرد الكل .
وأما إذا نصبوا قاضياً من أهل العدل^(٤) ، فإن قضاءه نافذ^(٥) ، لأن لهم شوكة^(٦) وقوة ، وأممكن^(٧) للقاضى^(٨) تنفيذ قضاياه^(٩) بقواهم^(١٠) - والله أعلم^(١١) .

(١) « لا يصح لاحتمال ... أهل العدل » ليست فى ب .

(٢) فى ا و ح : « كتاب قاضى أهل البنى » .

(٣) « أهل » من ب .

(٤) « العدل » ليست فى ا .

(٥) فى ا و ح : « قضاياه نافذة » .

(٦) فى ح : « شركة » .

(٧) فى ا و ب و ح : « فأممكن » .

(٨) فى ا و ب : « القاضى » .

(٩) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « قضاياهم » .

(١٠) كذا فى ا و ح . وفى الاصل و ب : « بقولهم » .

(١١) فى ب : « والله أعلم بالصواب » . و « والله أعلم » ليست فى ا و ح .

كتاب الشَّرب

في هذا ^(١) الكتاب ^(٢) فصلان :

أحدهما - في أحكام الشَّرب .

والثاني - في أحكام الأراضى .

أما الأول - فنقول :

إن ^(٣) المياه أنواع أربعة :

ماء مملوك :

وهو ما أُخْرِزَ في الأواني . وحكمه حكم سائر الأملاك :
ليس لأحد فيه حق ، ولا يحل لأحد أن يأخذه ^(٤) ، ولا أن يشربه إلا
عند الضرورة القاتلة ^(٥) ، بأن أصابه العطش ^(٦) على وجه يهلك : < في >

(١) في ا و ح : « قال رحمه الله : في هذا » و « هذا » ليست في ب .

(٢) في ا و ب و ح : « الباب » .

(٣) « إن » من ا و ب و ح .

(٤) الماء من ا و ب و ح .

(٥) في ح كذا : « القاتلة » .

(٦) في ا و ح : « الضرورة القاتلة وإذا وقع العطش ... » .

يباح له^(١) الأخذ والشرب^(٢)، ولو منع صاحبه: له أن يقاتله بالسلاح حتى يتمكن من تناوله، بقدر ما يدفع به عطشه، إذا كان معه^(٣) فضل ماء عن حاجته الماسة. وفي الطعام: يباح له أن يأخذ جبيرا وقهرا، ولكن لا يقاتل^(٤) بالسلاح، كما^(٥) قال بعض المشايخ.

وقال بعضهم: هذا في البئر الخاص^(٦) والنهر الخاص: فإن حق^(٧) الشفّة^(٨) ثابت لكل الناس، فمن منع حقه: له أن يقاتل^(٩) معه. فأما في الماء المملوك: <ف> عند الضرورة القاتلة^(١٠): يباح له^(١١) الأخذ قهرا، لكن لا يقاتل، كما في الطعام.

والثاني^(١٢):

الماء الذي يكون في البئر^(١٣) والحوض والعين المملوكة^(١٤)

(١) « له » من ا و ح .

(٢) في ا و ح : « يباح له شربه » . وفي ب : « يباح الشرب » .

(٣) في ا و ح : « له » .

(٤) في ب : « لا يقاتله » .

(٥) في ا و ب و ح : « كذا » .

(٦) في ح : « خاصة » .

(٧) في ح : « في حق » .

(٨) في ا و ب و ح : « الشفّة » .

(٩) في ا و ح : « يقاتله » .

(١٠) في ح : « المقاتلة » .

(١١) « له » من ا و ح .

(١٢) الواو من ا و ب و ح .

(١٣) في ب : « في النهر والبئر » . وفي ا : « في البئر والنهر » . وفي ح : « الذي يكون

البئر والنهر » .

(١٤) كذا في ا و ح . وفي الاصل و ب : « المملوك » .

له- فهو حق خاص له ، كالمملوك ، لكن لعامة الناس حق الشفة^(١) من هذا الماء ، حتى يشرب بنفسه ، ويأخذ الماء لنفسه ولمواشيهِ^(٢) ، وليس لصاحب الماء حق^(٣) المنع ، وهو معنى قوله عليه السلام : « الناس شركاء في الثلاث^(٤) » : في الماء ، والكلاء ، والنار .

ولكن لو أراد أحد أن يسقي زرعه من ذلك الماء^(٥) ، لا يجوز^(٦) له ذلك ، ويمنعه السلطان عنه . لأن هذا يبطل^(٧) حقه ، لأنه لو أطلق هذا^(٨) ، اشاركه^(٩) فيه^(١٠) كل من يمكنه سقي^(١١) أرضه منه ، فيبطل حقه^(١٢) أصلاً .

والثالث^(١٣) :

أن يكون نهرا^(١٤) مشتركا بين جماعة محصورة^(١٥) ، حتى

-
- (١) في ا و ح : « الشفة » .
 - (٢) في ب : « ومواشيهِ » .
 - (٣) في ب : « لصاحبه حق » .
 - (٤) في ا و ب و ح : « في ثلاث » .
 - (٥) « الماء » من ا و ب و ح .
 - (٦) في ب : « ليس له » .
 - (٧) في ا و ح : « لأنه يبطل » .
 - (٨) في ا و ح : « له » .
 - (٩) كذا في ا و ح . وفي الأصل : « يشاركه » .
 - (١٠) « فيه » من ا و ح .
 - (١١) في ا و ح : « يسقي » .
 - (١٢) « لأنه او أطلق ... فيبطل حقه » ليست في ب .
 - (١٣) الواو من ا و ب و ح .
 - (١٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « بشرا » .
 - (١٥) في ب : « يحصون » . وكذا في ا و ح مع تصحيف

يُثبت الشفعة بسبب الشركة فيه - كان لهؤلاء الشركاء حق السقي بقدر
شركتهم^(١) في النهر ، وليس لغيرهم حق السقي للزراع^(٢) والأشجار ،
> إنما <^(٣) لهم حق الشفعة^(٤) .

ولو أراد واحد من الشركاء أن يكرى نهراً^(٥) صغيراً ، يأخذ^(٦)
الماء من النهر المشترك ، فيسوق إلى أرض أحيائها ، ليس لها منه شرب --
ليس له ذلك^(٧) ، إلا برضا الشركاء .

وكذلك إذا أراد أن ينصب عليه رَحِيٌّ^{أَرْحَاقُ} : ليس له ذلك ، إلا برضا
الشركاء^(٨) ، لأن بقعة^(٩) الرحي حق وملك لجماعتهم . فإذا بني اختص^(١٠)
بتلك البقعة ، وانقطع حق الشركاء عنها^(١١) ، فيمنع . أما إذا كان موضع
الرحي ملكه ، وليس فيه ضرر بالشركاء ، بأن^(١٢) كان الماء يدير الرحي

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « شركته » .

(٢) في ا و ح : « للزراعة » .

(٣) في الأصل و ا و ب و ح : « أما » . وفي الكاساني (٦ : ١٨٩ : ٢٠) :
« وليس لصاحب النهر أن يمنع من الشفة وهو شرب الناس والدواب ، وله أن يمنع من سقي
الزرع والأشجار » .

(٤) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « الشفة » - انظر الهامش السابق .

(٥) في ح : « النهر » .

(٦) في ا و ب و ح : « فيأخذ » .

(٧) « ذلك » ليست في ح .

(٨) « وكذلك ... الشركاء » ليست في ا و ح .

(٩) في ح كذا : « بقعة » .

(١٠) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فإذا هو خصب » .

(١١) كذا في ب . وفي الأصل : « عنه » - ليست في ا و ح .

(١٢) في ا و ح : « فإن » .

ويجري الماء على سننه في النهر - فليس لهم حق المنع ، لأن الماء مشترك بينهم . ولكل واحد منهم أن ينتفع بحقه ^(١) على وجه لا يتضرر به شركاؤه .
فأما إذا كرى ^(٢) نهراً من هذا النهر ^(٣) ، وعرج ^(٤) الماء ، حتى يصل إلى الرحى المملوكة ^(٥) له ^(٦) في أرضه ، فيدير رحاه ، ثم يجري النهر من أسفله ^(٧) - ليس له ذلك ، لأن فيه ضرراً بالشركاء بقطع ^(٨) الماء عن سننه ، فيتأخر وصول حقهم إليه < م > ، وينتقص في الجملة أيضاً ^(٩) .
وكذا الجواب ^(١٠) في نصب الدالية ^(١١) والسانية ^(١٢) .

والرابع ^(١٣) :

الأنهار ^(١٤) المظالم ، كالفرات والدجلة والجيحون وغيرها ^(١٥) :

- (١) كذا في ا و ب و ح . وتبدو في الأصل مشطوبة .
- (٢) ف ب و ح : « أكرى » وفي المصباح : « وكريت النهر كرىاً من باب رمى حفرت فيه حفرة جديدة » .
- (٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « البئر » .
- (٤) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « ويرج » .
- (٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « المملوك » .
- (٦) « له » ليست في ا و ح .
- (٧) ف ب : « يجري إلى النهر من أسفله » . وفي ا و ح : « يجري النهر إلى أسفله » .
- (٨) كذا في ا . وفي ح : « يقطع » . وفي ب : « كما يقطع » .
- (٩) راجع الكاساني ، ٦ : ١٩٠ - ١٩١ .
- (١٠) « الجواب » ليست في ح . وموضعا فيها بياض .
- (١١) في المصباح : « والدالية دار ونحوها وخشب يصنع كهيئة الصليب ويشد برأس الدار ثم يؤخذ حبل يربط طرفه بذلك وطرفه بمجذع قائم على رأس البئر ويسقى بها فهي فاعلة بمعنى مفعولة والجمع دوالي وشذ الفارابي وتبعه الجوهرى ففسرها بالمتجنون » .
- (١٢) في المصباح : « السانية البعير بسني عليه أى يستقى من البئر » .
- (١٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « الرابعة » .
- (١٤) في ح : « أنهار » . (١٥) في ب : « وغيرها » .

فلا^(١) حق لأحد^(٢) فيها ، على الخصوص ، بل هو حق العامة^(٣) :
فكل^(٤) من يقدر على سقى أراضيه^(٥) منها : فله ذلك .

وكذا نصب الرحى والدالية ونحو ذلك .

وهذا إذا لم يكن فيه^(٦) ضرر بالنهر العظيم - أما^(٧) إذا كان فيه
ضرر فيمنع عن ذلك .

. . .

ثم كرى الأنهار العظام ؛ على السلطان ، من مال بيت المال ، لأن
منفعتها ترجع إلى عامة الناس ، فيكون مئونة ذلك في مال العامة ، وهو
مال بيت المال^(٨) .

وأما كرى النهر المشترك بين أقوام معلومين : فعليهم - واختلفوا في
كيفية ذلك :

قال أبو حنيفة : عليهم جميعاً أن يكروا من أعلاه ، فإذا جاوز أرض^(٩)
رجل واحد ، دفع عنه حصته^(١٠) ، ويكون الكرى على من بقى .

(١) في ح : « ولا » .

(٢) في ب : « لأحدهما » .

(٣) « على الخصوص بل هو حق العامة » من ا و ب و ح - ولكن في ا : « حق للحمة » .

وفي ح : « حق الجملة » بدلا من « حق العامة » .

(٤) في ح : « وكل » .

(٥) في ا و ب : « أرضه » .

(٦) « فيه » ليست في ا و ح .

(٧) في ا : « فإذا كان » . وفي ب و ح : « أما إذا كان » .

(٨) « وهو مال بيت المال » ليست في ا و ح . وفي ب : « وهو بيت المال » .

(٩) في ب : « جاوزوا الأرض » .

(١٠) في ا و ح : « واحد وقت حصته » . وفي ب : « وقع عنه ويكون » .

وقال أبو يوسف ومحمد : الكرى عليهم جميعا ، من أوله إلى آخره ،
بمخصص^(١) الشرب والأرض^(٢) .

وبيان ذلك أن النهر إذا كان بين^(٣) عشرة ، ولكل^(٤) واحد منهم ،
عليه ، أراض على السواء^(٥) ، فإن الكرى ، من فوهة النهر إلى أن يتجاوز
شرب أولهم ، بينهم^(٦) ، على عشرة أسهم : على كل واحد منهم العشر .
فإذا تجاوز شرب الأول خرج هو^(٧) من الكرى ، ويكون الكرى
على الباقيين^(٨) ، على تسعة أسهم ، فإذا تجاوز شرب^(٩) الثاني سقطت^(١٠)
عنه النفقة . ويكون الكرى على الباقيين على ثمانية أسهم^(١١) : على^(١٢)
هذا^(١٣) الترتيب . وقالوا : إن المئونة بينهم على عشرة أسهم ، من أول النهر
إلى آخره .

(١) في الأصل كذا : « تخصيص » وهو تصحيف .

(٢) في ب : « والأرضى » .

(٣) في ح : « من » .

(٤) في ا و ب و ح : « لكل » .

(٥) « على السواء » من ب . ومكتوبة فيها كذا : « على السوى » وفي الكاساني (٦) :

١٩٠ : ١٩١ : « ولو اختلفا في قدر الشرب ولا بينة لأحدهم تحكم الأراضى ، فيكون الشرب
بينهم على قدر أراضيتهم » .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « شربه أولهم سهم » .

(٧) « هو » ليست في ا و ب و ح .

(٨) كذا في ب . وفي الأصل ا و ح : « الباقي » .

(٩) في ب : « الشرب » .

(١٠) في ب و ح : « سقط » . وفي ا : « يسقط » .

(١١) في ب تكررت عبارة : « فإذا تجاوز الشرب ... ثمانية أسهم » .

(١٢) في ب : « وعلى » .

(١٣) « عنه النفقة ... على هذا » ليست في ا و ح .

فهما يقولان : إن^(١) لصاحب الأعلى منفعة في حفر^(٢) الأسفل ، فإنه^(٣) مسيل مائه ، كما أن لصاحب الأسفل منفعة في الأعلى ، ثم حفر الأعلى على مشترك ، فكذلك الأسفل .

وأبو حنيفة يقول : إن فَوْهَةَ النهر مشتركة^(٤) ، لا يتوصل^(٥) أحدهم إلى الانتفاع بشربه إلا^(٦) بحفرها . وكذا^(٧) حفر ما بعدها^(٨) ، فإذا تجاوز شرب^(٩) أحدهم ، فلا حق له في حفر ما بعد أرضه ، لأن ذلك ملك الباقي لا ملكه^(١٠) ، إنما له حق تسيل^(١١) الماء فيه^(١٢) ، فتكون المؤونة على المالك ، لا على صاحب الحق ، كما في مسيل الماء على سطح مملوك لغيره .

وإذا كان نهر لرجل^(١٣) بين أراض ، فاختلفوا في المسناة : قال

-
- (١) « إن » من ب . وفي « أو ح » : « بأن » .
 - (٢) « كذا » في « أو ح » . وفي الأصل : « في حق » و ليست في ب قبحا : « في الأسفل » .
 - (٣) « كذا » في « أو ب » و « أو ح » . وفي الأصل : « ولأنه » .
 - (٤) « في أو ب » و « ح » : « مشترك » .
 - (٥) « في أو ح » : « لا يتصور » .
 - (٦) « إلا » ليست في « أ » .
 - (٧) « في أ » : « فكذا » .
 - (٨) « في أو ح » : « ما بعد » .
 - (٩) « في أو ح » : « عن مشرب » . وفي ب : « عن شرب » .
 - (١٠) « كذا » في ب . وفي « أ » : « لأن ذلك ملك الباقي لا ملك له » . وفي « ح » : « لأن ذلك الباقي لا ملك له » . وفي الأصل « وفي ذلك ملكه والباقي لا ملكه » .
 - (١١) « في أو ح » : « مسيل » .
 - (١٢) « فيه » ليست في « أو ح » . وزاد هنا في ب : « إذا لم يحتج إلى الماء وفضل عن أرضه » .
 - (١٣) « في الأصل » و « أو ب » و « ح » : « نهر الرجل » وفي السكاساني (٦ : ١٩١ : ١٩) : « ولو كان نهر لرجل » .

صاحب الأرض^(١) «هى ملكى»، وقال صاحب النهر «هى^(٢) ملكى»، ولا يعرف أن المسناة في يد من هى، وفي تصرف من هى - قال أبو حنيفة: هى ملك صاحب الأرض، حتى إن له^(٣) أن يفرس فيها ويزرع^(٤)، ويمنع صاحب النهر عن إلقاء الطين فيها^(٥)، وعن المرور فيها - إلا أنه ليس له أن يحفر المسناة، فيسيل^(٦) ماء النهر في غير موضعه^(٧)، فيكون حق صاحب النهر في إمساك^(٨) الماء لا غير. وعلى قولهما: إنما هى ملك صاحب النهر^(٩).

ومن^(١٠) مشايخنا من قال: إن هذا الخلاف مبنى^(١١) على أن النهر هل له حریم أم لا^(١٢)؟: فإن^(١٣) كرى رجل نهر فى أرض موات بإذن السلطان^(١٤): <ف> عند أبى حنيفة: ليس له حریم. وعندهما: له حریم -

(١) في ا و ح: «الأرضى».

(٢) «هى» من ب و ح.

(٣) «حتى إن له» ليست في ح. وفي ا: «حتى له».

(٤) كذا في ا و ب و ح. وفي الأصل: «كالزرع».

(٥) في ا و ح: «عليها». وفي الكسانى (٦: ١٩١: ٢٠): «فإنسناة لصاحب الأرض عند أبى حنيفة رحمه الله: له أن يفرس فيها <وبافى> ضيقه ولكن ليس له أن يدمها».

(٦) فى ح: «فليسيل». وفي ب كذا: «فيسل».

(٧) في ح: «موضعه». (٨) فى ا و ب و ح: «في حق إمساك».

(٩) زاد في ب: «لنهره». وفي ا و ح: «... الماء لا غير حریم للنهر» - فليس فيها:

«وعلى قولهما... النهر». (١٠) «ومن» من ا و ح. وفي ب: «من».

(١١) في ب: «بنى». وعبارة: «ومن قال... مبنى» ليست في ح وموضعا فيها بياض.

(١٢) في ا: «أولا». وفي ح مكتوبة هكذا: «أولى» وهو خطأ مجانى من الناسخ.

وانظر فيما بعد ص ٥٥٤-٥٥٥.

(١٣) انظر الكسانى، ٦: ١٩١: ٢٢. وما بعده وفيه: «بأن».

(١٤) انظر فيما بعد ص ٥٥٣.

فكان الظاهر شاهدا لصاحب النهر عندهما ، وليس بشاهد^(١) له عند أبي حنيفة .

لكن أهل التحقيق من مشايخنا قالوا : لا خلاف أن^(٢) للنهر حرما في أرض موات^(٣) ، فإن النبي عليه السلام^(٤) جعل للبئر^(٥) حرما ، فيكون جعله ذلك^(٦) ، جملا^(٧) للنهر حرما ، بطريق الأولى ، لشدة حاجة النهر إلى الحريم .

ولكن الخلاف ههنا فيما^(٨) إذا لم يعرف أن المسناة في يد صاحب النهر ، بأن كانت متصلة بالأراضي ، مساوية لها < و > لم تكن أعلى منها : فالظاهر شاهد أنها^(٩) من جملة أراضيها^(١٠) ، إذ لو^(١١) لم تكن هكذا ، لكانت أعلى ، لا لقاء^(١٢) الطين فيها^(١٣) - ونحو ذلك . وعندهما :

-
- (١) في ا و ح : « شاهد » .
 (٢) « أن » ليست في ح .
 (٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « الموات » .
 (٤) « السلام » ساقطة من ا و ح .
 (٥) في ب : « للنهر » .
 (٦) في ب : « ذلك » . وفي ح و ا : « لذلك » .
 (٧) كذا في ا و ب و ح وفي الأصل : « ذلك حرما جملا » فليس في ا و ب و ح كلمة « حرية » .
 (٨) « فيما » ليست في ب . وفي ح : « فيها » .
 (٩) في ح كذا : « شاهدا بها » .
 (١٠) في ب : « أرضه » .
 (١١) في ا و ب و ح : « إذا لم » .
 (١٢) في ب كذا : « الإلقاء » .
 (١٣) في ح و ا : « عاينها » .

الظاهر شاهد لصاحب النهر ، لكونه ^(١) حريماً له - فوق الكلام بينهم في الترجيح .

. . .

ثم الشرب ، الخاص أو المشترك ، لا يجوز بيعه وهبته ونحو ذلك ، إلا الوصية ^(٢) . ويجرى فيه الإرث ، لأنه ليس > بعين مال ، بل هو حق مالي < ^(٣) .

فأما إذا باع تبعاً لأرضه ، جاز ، ويصير الشرب لصاحب الأرض ، وإنما يدخل الشرب إذا ذكره صريحاً في البيع أو ^(٤) يذكر : « إني بعت الأرض بحقوقها أو بمرافقها أو بكل قليل وكثير هو لها » ^(٥) ، داخل فيها وخارج منها ، من حقوقها - فحينئذ يدخل . فأما في الإجارة > فـ < يدخل الشرب من غير ذكر ^(٦) ، لأن الانتفاع بالأرض المستأجرة لا يكون إلا بالماء ، بخلاف البيع ^(٧) .

. . .

(١) « لكونه » ليست في ا و ب و ح .

(٢) أي فتجوز (انظر الكسائي ٦٠ : ١٩٠ : ١٣) :

(٣) « بعين مال بل هو حق مالي » من الكسائي ، ٦ : ١٩٠ : ١٦ . وفي الأصل و ا

و ب : « لأنه ليس بعماك » . وفي ح : « بعماك » .

(٤) في ب : « ز » .

(٥) في ح : « لهما » .

(٦) في ح كذا : « فمن غير ذلك » بدلا من : « من غير ذكر » .

(٧) زاد في ح : « وأما حكم الأرض المستأجرة لا يكون إلا بالماء بخلاف البيع » .

وأما أمطام الأرضى

فهي ^(١) أنواع :

أرض ^(٢) مملوكة ^(٣) عامرة - لا يجوز لأحد التصرف ^(٤) فيها، و ^(٥) الانتفاع بها ، إلا برضا صاحبها .

والثانية - أرض خراب انقطع ماؤها وهي ملك صاحبها - لا نزول عنه إلا بإزالته ، وتورث ^(٦) عنه إذا مات . وهذا إذا عرف صاحبها . وإن لم يعرف فحكمها حكم اللقطة ^(٧) .

والثالثة - الأرض المباحة ، وتسمى الموات - وهي نوعان : أحدهما : ما يكون تبعاً لبعض القرى : مربعى مواشيهم ^(٨) ، ومحتطباً لهم - فهي ^(٩) حقهم ، لا يجوز للإمام ^(١٠) أن يقطعها من أحد ، لأن في ذلك ضرراً بهؤلاء . ولكن ينتفع بالحطب والقصب ، التى فيها ، هؤلاء وغيرهم ،

(١) فى ا و ح : « وأما حكم الأرضى فهو » .

(٢) « أرض » ليست فى ا و ح .

(٣) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « مملوك » .

(٤) فى ا و ح : « أن يتصرف » .

(٥) فى ا و ح : « ولا » .

(٦) فى ب : « تورث » .

(٧) « وهذا إذا ... اللقطة » من ا و ح . وهي فى ب مع حذف الواو من « وهذا »

وحذف الفاء من « فحكمها » . وهي فى الكاسانى (٦ : ١٩٣ : ٥ - ٦) .

(٨) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « مواشيهم » .

(٩) فى ب : « ففى » . وفى ا و ح : « فهو » .

(١٠) فى ح : « الإمام » .

و^(١) ليس لهم أن يمنعوها^(٢) عن غيرهم ، لأنها ليست^(٣) بملك لهم .
والحد الفاصل أن يسمع صوت الرجل من أدنى الأرض^(٤) المملوكة^(٥) إليه ، فإلم يسمع صوته فيه فهي ليست بتابعة لقريتهم .

والنوع الثاني : ما لا يكون تبعاً لقرية من القرى - فهي على الإباحة :
من أحيائها بإذن الإمام : < ف > عند أبي حنيفة تكون ملكاً له^(٦) ،
وعندهما : بغير إذن الإمام تصير ملكاً له ، ويصير^(٧) هو أحق بها من
غيره^(٨) ملكاً^(٩) .

والإحياء أن يبني ثمة بناء . أو^(١٠) يخفر نهراً ، أو^(١١) يجعل للأراضي^(١٢)
مسناة ونحو^(١٣) ذلك . أما إذا وضع أحجاراً حولها وجعل^(١٤) ذلك حداً ،
فإنه لا يصير ملكاً له ، ولكن يكون هو أحق بالانتفاع بها ، بسبق^(١٥)

(١) الواو من او ح . وفي ب : « فليس » .

(٢) في او ح : « يمنعوا » .

(٣) في ح : « لأنها ليس » . وفي ا : « لأنها ليست » .

(٤) في ا : « للأرض » .

(٥) في ب : « المملوك » .

(٦) في او ب : « الإمام فهي له عند أبي حنيفة » . وفي ح : « الإمام : عند أبي حنيفة فهي له » .

(٧) في او ب و ح : « ويكون » .

(٨) كذا في ب . وفي الأصل و او ح : « غيرها » .

(٩) في ح : « ملك » . وراجع فيما تقدم ص ٩ : ٥٥٠ - ٥٥١ .

(١٠) في او ب و ح : « و » .

(١١) في او ح : « و » . وفي ب : « فيجعل » .

(١٢) في ح : « الأراضي » .

(١٣) في ح كذا : « ويجوز ذلك » .

(١٤) « وجعل » ليست في او ح .

(١٥) في ا : « لسبق » . وفي ح كذا : « لتسبق » .

يده ، على ما روى : « مَنِ مَنَّاخٍ مِنْ سَبَقٍ » ^(١) .

ثم في ^(٢) الأراضى ^(٣) المملوكة : لا شركة لأحد في الحطب والقصب منها ، وإنما لهم حق في ^(٤) الكلا ، وليس لأربابها منع الغير عن ذلك ، للحديث الذى رويناه ^(٥) . ولو منع عن الدخول ، يقال له : « أخرج الكلا إلى الطالب ، وإلا فاتركه حتى يدخل فيحصده بنفسه » ^(٦) .
وهكذا المروج ^(٧) المملوكة ، والأشجة المملوكة في حق الكلا^{*} والسمك ، لا ^(٨) في الحطب والقصب .

ثم إذا حفر نهرا ^(٩) - هل له حريم ؟ عند بعض المشايخ على الخلاف

(١) كذا في ا و ح . وفى ب : « منى مناخ لمن سبق » . وفي هامشها قال : « لعله : ماءنا مباح لمن سبق » . وفى الأصل : « الماء مباح من سبق » . وفى الكاسانى : (٦ : ١٩٥ : ١٤) : « منى مباح من سبق » . وجاء فى بعض كتب الحديث (الجامع الصغير ، ٤ : ٥٠٨) « منى مناخ من سبق - فلا يجوز البناء فيها لأحد لئلا يضيق على الحاج وهو غير مخصصة بأحد بل موضع النسك ومثلها عرفة ومزدلفة - قال الملقمى : وسببه كما فى ابن ماجه عن عائشة رضى الله عنها قالت : قلنا يا رسول الله : ألا نبني لك بيتاً بمنى يظلك » - قال : لا - منى مناخ من سبق » .

(٢) « فى » ليست فى ب .

(٣) فى ح : « فى الأرض » .

(٤) « فى » من ا و ب و ح .

(٥) « الذى رويناه » : ليست فى ا و ح . والحديث هو : « منى مناخ من سبق » - راجع

أول هذه الصفحة .

(٦) فى ا و ح زاد : « بالإجماع » - انظر الكاسانى ، ٦ : ١٩٣ : ٦ وما بعده .

(٧) كذا فى ا و ب و ح ولكن فى ا و ح كذا : « المزوج » . وفى الأصل :

« المراح » . وفى الكاسانى مثل ما فى المتن (٦ : ١٩٣ : ٢٠) .

(٨) فى ب : « لا » .

(٩) فى ب : « بشرا » .

الذى ذكرنا^(١) في المسناة . وعند^(٢) بعضهم : له حريم ، بقدر ما يحتاج إليه^(٣) ، بالاتفاق ، لا لقاء الطين ونحوه .

واختلف أبو يوسف ومحمد في مقدار^(٤) : قال أبو يوسف : قدر عرض^(٥) نصف النهر من هذا الجانب ، وقدر النصف من الجانب الآخر . وقال محمد : قدر عرض^(٦) جميع النهر^(٧) من كل جانب . وكذا الاختلاف في الحوض .

فأما حريم بئر العطن^(٨) فأربعون ذراعاً ، بالإجماع . وحريم العين خمسمائة ذراع ، من كل جانب ، بالإجماع^(٩) . واختلفوا في بئر الناضح^(١٠) : قال أبو حنيفة : أربعون من كل جانب . وقالوا : ستون ذراعاً^(١١) .

(١) في ا و ح : « ذكرناه » . راجع فيما تقدم ص ٥٤٨ - ٥٥١ .

(٢) في ا : « عند » . وفي ح : « عن » .

(٣) في ب تكررت عبارة : « عند بعض ... يحتاج إليه » .

(٤) كذا في ا و ب و ج . وفي الأصل : « في مقدارها » .

(٥) و(٦) « عرض » من ا و ح .

(٧) « النهر » ليست في ا و ح .

(٨) في المصباح : العطن للإبل المشايخ والمبرك ولا يكون إلا حول الماء وقال

الأزهري أيضاً : عطن الإبل موضعها الذي تنحى إليه إذا شربت الشربة الأولى فتبرك فيه ثم يملأ الحوض لها ثانياً فتعود من عطنها إلى الحوض فتعمل أى تشرب الشربة الثانية وهو الفصل .

(٩) « بالإجماع » من ا و ب و ح .

(١٠) في المصباح : « ونضح البعير الماء حمله من نهر أو بئر لسقى الزرع فهو نضح لأنه ينضح

العطش أى يبله بالماء الذي يحمله - هذا أصح ثم استعمال الناضح في كل بعير ولو لم يحمل الماء .

وفي المغرب : « وقولهم : حريم بئر العطن أربعون ذراعاً وحريم بئر الناضح ستون - فإلى أضف

يفرق بين ما يستقى منه باليد في العطن وبين ما يستقى منه بالناضح وهو البعير » .

(١١) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب الأشربة

قال (١) :

يحتاج إلى : تفسير أسماء^(٢) الأشربة^(٣) المحرمة في الجملة ،
وإلى بيان أحكامها .

أما الأسماء

فثمانية : الخمر ، والسكر ، ونقيع الزبيب ، ونبيذ التمر ، والفضيخ ،
والبادق ، والطلاء^(٤) ويسمى المثلث^(٥) ، والجمهوري ويسمى أبو يوسف^(٦)
أما الخمر - فهو^(٧) اسم للنبيذ من ماء العنب بعد ما غلى واشتد وقذف
بالزبد^(٨) وسكن عن الغليان^(٩) وصار^(١٠) صافياً - وهذا^(١١) عند أبي حنيفة .

(١) « قال » ليست في ب . وفي ا و ح : « قال رحمه الله » .

(٢) « أسماء » من ا و ح .

(٣) في ب : « إلى بيان تفسير الأشربة » .

(٤) في المغرب : ويقال لكل ما خثر من الأشربة طلاء . على التشبيه حتى سمى به المثلث .

(٥) « ويسمى المثلث » ليست في ا و ح .

(٦) في ح : « أبو يوسف » .

(٧) في ا و ح : « فهو » .

(٨) كذا في ا و ح . وفي ب : « الزبد » ،

(٩) « وقذف ... الغليان » غير واضحة في الصورة من الأصل .

(١٠) في ح : « فصار » .

(١١) « وهذا » من ا و ح .

وقال أبو يوسف ومحمد^(١) : إذا غلى واشتد^(٢) ، فهو خمر ، وإن لم يسكن
عن^(٣) الغليان^(٤) .

وأما السكر - فهو^(٥) النبيء^(٦) من ماء الرطب بعدما غلى ، واشتد ،
وقذف بالزبد وسكن غليانه^(٧) عنده ، وعندهما : إذا غلى ولم^(٨) يسكن غليانه .
وأما نقيع الزبيب - فهو^(٩) الزبيب إذا نقع في الماء حتى خرجت حلاوته
إلى الماء من غير^(١٠) طبخ .

وأما نبيذ التمر - < فذ > يقع على الماء الذي^(١١) نقع^(١٢) فيه التمر ،
فخرجت حلاوته ، ثم اشتد وغلى^(١٣) وقذف بالزبد - وهذا الاسم يقع
على المطبوخ والنبيء منه .

(١) كذا في ا و ح . وفي ب : « وقالا » . وفي الأصل : « وعندهما » .
(٢) « وقذف ... إذا غلى واشتد » سقطت في الأصل من النسخ مضافها في الماءش .
(٣) في ا و ح : « من » .
(٤) زاد في ب : « وصار صافيا عند أبي حنيفة » وهي تكرار لعبارة سافت في الصفحة السابقة .
(٥) في ا و ح : « فهي » .
(٦) في ا و ب و ح كذا : « النبيء » وفي الأصل غير منقوطة . وفي الهداية (٨ : ١٥٩) :
« النبيء » . وكذا في الكسانى (٥ : ١١٢ : ١٢ من أسفل) :
(٧) « وسكن غليانه » من ا و ح . وفي الكسانى (٥ : ١١٢ : ١٢ من أسفل) :
« وأما السكر فهو اسم للنبيء من ماء الرطب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لم ، يقذف على
الاختلاف » .

(٨) في ح و ا : « وإن لم » .
(٩) في ا و ح : « فهو أن » .
(١٠) « غير » ساقطة في ا و ح .
(١١) « الماء الذي » من ا و ب و ح .
(١٢) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « أقمع » .
(١٣) « وغلى » من ا و ب و ح .

وأما الفضيخ - فهو ^(١) البسر ^(٢) إذا خرج منه الماء ، وغلى ، واشتد ، وقذف بالزبد - وذلك بأن يكسر ويدق : يسمى ^(٣) فضيخا ^(٤) لانه يفضخ أى يكسر ويرض .

وأما الباذق - فهو اسم لما ^(٥) طبخ أدنى طبخ ^(٦) من ماء العنب حتى ذهب ^(٧) أقل من الثلثين ^(٨) ، سواء كان أقل من الثلث أو ^(٩) النصف ، أو طبخ أدنى طبخه ^(١٠) بعد ما صار مسكرا و ^(١١) سكن عن ^(١٢) الغليان .
وأما الطلاء - فهو اسم للثلاث ، وهو المطبوخ من ماء العنب ، بعدما ذهب ثلثاه ، وبقي الثلث ، وصار مسكرا .

وأما الجمهورى - فهو الطلاء الذى يلقي فيه الماء حتى يرق ويعود إلى المقدار الذى كان في الأصل ، ثم طبخ ^(١٣) أدنى طبخه وصار مسكرا ^(١٤) ،

(١) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « وهو » .

(٢) فى المصباح : البسر من تمر النخل معروف .

(٣) فى ب : « ويسمى » . وفى ح : « سى » .

(٤) فى المصباح : الفضيخ كسر الشيء الأجوف وفضحت رأسه ضربته فخرج دماغه .

(٥) فى ح : « الماء » .

(٦) « أدنى طبخ » من ا و ح . وفى الكاسانى (٥ : ١١٢ : ٨) .

(٧) « حتى ذهب » من ا و ح .

(٨) فى ا و ح : « ثلثيه » .

(٩) فى ح : « و » .

(١٠) فى ا و ح : « طبخ » .

(١١) فى ح و ا : « أو » .

(١٢) فى ا و ج : « من » .

(١٣) فى ب : « يطبخ » .

(١٤) « وأما الجمهورى ... مسكرا » ليست فى ا و ح .

هذا بيان الأسماء .

أما بيان الأعلام - فنقول :

أما الخمر فلها أعلام ستة :

الأول - تحريم شرب^(١) قليلها وكثيرها^(٢) .

ويحرم الانتفاع بها للتداوى وغيره . لكن عند أبي حنيفة : ما لم يسكن من الغليان يباح شربها ، وعندهما : إذا صار مسكرا يحرم شربه^(٣) وإن لم يسكن من الغليان - قال^(٤) عليه السلام : « حرمت الخمر^(٥) لعينها : قليلها وكثيرها ، والسكر من كل شراب » .

والثاني - تكفير^(٦) جاحد حرمتها - لأن حرمتها^(٧) ثبتت^(٨) بنص الكتاب^(٩) .

والثالث - يحرم تمليكها ، وتملكها^(١٠) ، بسبب المالك ، من البيع

(١) كذا في ب . وفي الأصل : « شربه » .

(٢) في ح : « الأول - يحرم شربها قايلا وكثيره » . وفي ا : « الأول - أنه يحرم شربها قليلها وكثيرها » . وفي ب : « الأول أنه يحرم شرب قايلا وكثيره » .

(٣) « يحرم شربه » من ب . وفي ا و ح : « حرم شربه » .

(٤) في ا : « بيان الحرمة قوله عليه السلام » . وفي ح : « بيان الحرمة لقوله » .

(٥) في ب : « الخمر » .

(٦) في ا و ب و ح : « يكفر » .

(٧) « لأن حرمتها » من ا و ب و ح .

(٨) كذا في ا و ح . وفي الأصل ب : « ثبت » .

(٩) في ا و ح : « بنص كتاب الله تعالى » . وفي ب : « بكتاب الله تعالى » .

(١٠) في ب كذا : « تحريم تمليكها بتمليكها » . وفي ا : « يحرم تمليكها والتملك » .

وفي ح : « يحرم تمليكها والتملك » .

والهبة وغيرها مما^(١) للعباد فيه صنع^(٢) .

والرابع - هي^(٣) نجاسة^(٤) نجاسة غليظة ، حتى إذا أصاب^(٥) الثوب أكثر من قدر الدرهم ، يمنع جواز الصلاة - لقوله تعالى : « رجس من عمل الشيطان » .

والخامس - يجب الحد بشرب قليلها^(٦) وكثيرها ؛ بإجماع^(٧) الصحابة عليه .
والسادس - يجب فيه الحد^(٨) ، مقدرا بثمانين سوطاً في حق الأحرار ، وفي حق العبيد نصف ذلك .

.

وأما حكم السكر^(٩) وتقيع الزبيب ، والنمر من غير طبخ ، والفضيخ والبازي - < ف > واحد ، وهو أنه^(١٠) يحرم شرب قليلها وكثيرها ، لكن هذه الحرمة دون حرمة^(١١) الخمر ، حتى إن من جحد حرمة^(١٢) هذه الاثربة لا يكفر ، بخلاف الخمر .

(١) في ب : « بما » .

(٢) « مما للعباد فيه صنع » من ا و ح . وهي في ب مع الاختلاف سائر المذكور .

(٣) في ا و ح : « أنها » .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « نجس » .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « أصاب » .

(٦) في ب : « الحد على قليلها » .

(٧) في ا و ب و ح : « لإجماع » .

(٨) « الحد » ليست في ا و ح .

(٩) في ا و ح : « وهو » .

(١٠) في ا و ح : « أن » .

(١١) « حرمة » ليست في ب .

(١٢) « حرمة » ليست في ب و ح .

وكذا لا يجب الحد بشرب^(١) قليلاً ، وإنما يجب الحد بالسكر^(٢) .
وقال بعض الناس بإباحة هذه الأثربة ، مثل بشر المريسي^(٣) .
وغيره - لورود الأخبار في إباحة شربها .

واختلفت الروايات^(٤) في النجاسة^(٥) : < في > رواية عن أبي
حنيفة أنه نجس العين كالخمر ، < ويمنع من جواز الصلاة ما كان >^(٦)
مقدراً^(٧) بأكثر من قدر الدرهم ، وفي رواية : طاهر . وعن أبي
يوسف أنه اعتبر فيه^(٨) الكثير الفاحش .

وأما بيع هذه الأثربة و^(٩) تملكها : < في > جائز عند أبي حنيفة .
وعند أبي يوسف ومحمد : لا يجوز ذلك^(١٠) - فهما يقولان إن المال ما يباح

(١) في ب : « اشرب » . وفي ا و ح : « حد شرب » .

(٢) في ح : « السكر » .

(٣) « بشر » من ا و ب و ح . وقد وقع تصحيف في اسمه في ب . وهو بشر بن غياث
الميريبي نسبة إلى قرية « مريس » بمصر وقد أدرك مجلس أبي حنيفة ، وأخذ الفقه عن أبي يوسف
وبرع فيه . وكان ذا وزع وزهد ، ولكنه اشتهر بعلم الكلام والفلسفة ، وقد حرر القول بخاق
القرآن . وله تصانيف وروايات كثيرة عن أبي يوسف . وفي المذهب أقوال غريبة منها جواز أكل
الحمار . وقد كفره الهمض . وإليه تنسب الطائفة من المراجعة المسماة « المريسية » . وقيل لأن والده
كان يهودياً قصاراً صباغاً . وقد توفي سنة ٢٢٨ وقيل سنة ٢١٨ وقيل سنة ٢١٩ هـ . (الفوائد البهية) .
راجع الهامش ٢ ص ٣٥١ من الجزء الأول .

(٤) في ا و ب و ح : « الرواية » .

(٥) في ا و ح : « في نجاستها » .

(٦) مقتبس من الكشاف ، ٥ : ١١٥ : ٢٠ - ٢١ .

(٧) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « مقدر » . راجع الهامش السابق

(٨) في ب : « منه » .

(٩) الواو من ا و ب و ح .

(١٠) « ذلك » من ب .

الانتفاع به ، حقيقة وشرعا ، وهذه الاثربة لا يباح شربها ولا الانتفاع بها شرعا ، فلا تكون مالا ، كالخمر . وأبو حنيفة يقول : إن الاخبار تعارضت في هذه الاثربة ، في الحل والحرمه ^(١) ، فقلنا بحرمه الشرب احتياطاً ، ولا تبطل المالىة الثابتة في الحالة الاولى ، احتياطاً ، لأن الاحتياط لا يجري في إبطال ^(٢) حقوق الناس .

وأما حكم الطاهر و ^(٣) حكم مطبوخ النمر ، والزبيب ، أدنى طبخ ^(٤) ، على السواء ^(٥) . فالقليل منه حلال طاهر ، والمسكر ^(٦) حرام ، وهو القدح الذى يسكر . فإذا ^(٧) سكر يجب عليه الحد . ويجوز بيعه ، وتمليكه ، ويضمن ^(٨) متلفه - وهذا فى قول ^(٩) أبى حنيفة وأبى يوسف . وعن ^(١٠) محمد روايتان : فى رواية أنه حرام شربه ، لكن ^(١١) لا يجب الحد ما لم يسكر ^(١٢) - وهو قول الشافعى .

(١) « فى هذه الاثربة فى الحل والحرمه » ليست فى ح . وهو وضعها فيها بياض .

(٢) فى ا و ح : « لأن الاحتياط أن لا يحرم ، سمياً فى عدم لإبطال » .

(٣) « و » ساقطة من ا و ح .

(٤) فى ا و ب و ح : « طبخه » .

(٥) فى ح : « على سواء » - راجع فى معانى تلك الألفاظ ص ٥٥٧ وما بعدها

(٦) فى ا و ح كذا : « والسكر » .

(٧) فى ا و ب و ح : « وإذا » .

(٨) فى ب : « وتضمن » .

(٩) فى ب و ح : « وهو قول » .

(١٠) فى ب : « وعند » .

(١١) فى ب : « شربه حرام لكن » .

(١٢) فى ب : « ما لم يسكره » .

وفي رواية - قال : لا أحرمه ^(١) ، ولكن لا ^(٢) أشرب منه .

والصحيح قولهما ، باتفاق ^(٣) عامة الصحابة على إباحة شربه ، حتى إن عند أبي حنيفة ^(٤) هذا من علامة مذهب السنة والجماعة ، حتى سئل عنها ، فقال : السنة أن تفضل الشيخين وتحب الختين - إلى أن قال : ولا تحرم نبيذ ^(٥) الجر ^(٦) .

. . .

ثم ^(٧) ما سوى هذه الأثربة مما يتخذ من الخنطة ، والشعير ، والذرة ، والسكر ، والفانيد ^(٨) ، والعسل ، والتين - فهي مباحة ^(٩) ، وإن سكر منها ، ولا حد على من سكر منها ^(١٠) - هذا ^(١١) هو الصحيح من الرواية ، لأن هذه من ^(١٢) جملة الأطعمة ، ولا عبرة بالسكر ، فإن في بعض

(١) في ح : « وفيه رواية : لا أحرمه » . وفي أ : « وفي روايته : لا أحرمه » .

(٢) « لا » ليست في أ و ح .

(٣) في أ و ب و ح : « لاتفاق » .

(٤) في ب : « حتى عد أبو حنيفة ... » .

(٥) « نبيذ » ليست في أ و ح .

(٦) في ح : « الجر » . وفي الكاساني (٥ : ١١٧ : ١) : « نبيذ الخمر » . والجر جمع جرة وهي الإناء المعروف مثل تمر وتمر وبعضهم يحمل الجر لفة في الجرة (المصباح) . وقال صاحب العناية (٨ : ١٦٦) : « جوز أكثر أهل العالم الانتباه في الدباء وهو القرع والخنتم وهو جرار حمر أو خضر يحمل فيها الخمر إلى المدينة » .

(٧) في أ و ح : « وأما » .

(٨) في أ و ب و ح : « والفانيد » .

(٩) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « مباح » .

(١٠) « منها » ليست في أ و ح .

(١١) « هذا » ليست في ب .

(١٢) « من » ليست في ح .

البلاد قد يسكر المرء من الخبز^(١) ونحوه : والبنج يسكر^(٢) ، ولبن
الرمكة^(٣) يسكر^(٤) .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المسكر منه حرام ، كما في المثلث ،
ولكن إذا سكر منه ، لا حد فيه^(٥) ، بخلاف المثلث^(٦) .

ثم حد السكر الذي يتعلق به وجوب الحد ، والحرمه ، عند أبي
حنيفة - أن^(٧) يزول عقله بحيث لا يفهم شيئاً .

وعندهما : إذا كان^(٨) غالب كلامه الهذيان .

فما قاله^(٩) أبو حنيفة غاية^(١٠) السكر ، فاعتبر الكمال في درء الحد ،
ولو كان الخمر فيها حموضة غالبية ، و^(١١) فيها طعم المرارة ، لكنه مغلوب ،
فإنه لا يحل ما لم يزل من كل وجه .

وهما اعتبرا الغالب ، فيحل عندهما .

. . .

(١) في ح : « المؤمن الخبز » . وفي أ : « وقد تسكر امرأة من الخبز » .

(٢) « يسكر » ليست في أ .

(٣) الرمكة الفرس أو البرذونة تتخذ للأنسل (المنجد) . وفي المصاح : الرمكة الأنثى من البراذين .

(٤) في ب : « مسكر » .

(٥) في ح : « عليه » .

(٦) المثلث هو الطلاء كما تقدم (راجع ص ٥٥٧ و ٥٥٩) .

(٧) في ح : « إلى أن » .

(٨) « كان » ليست في ح .

(٩) في ب : « قال » .

(١٠) في ب : « فهو » .

(١١) « و » ليست في ح .

ويحرم على الألب أن يسقى الصبيان خمرًا ، وعليه الإثم في الشرب .
وكذلك لو سقى الدواب حتى سكرت ، ثم ذبحها : لا يحرم أكل
لحمها ^(١) .

• • •

ولو نقعت ^(٢) فيها الخنطة ، ثم غسلت ، حتى زال ^(٣) طعمها ورائحتها ^(٤) :
يحل أكلها .
ولو ألقى في الحمر ^(٥) علاجًا ^(٦) من الملح ، والسمك ، والبيض ،
والحل ، حتى ^(٧) صارت ^(٨) حامضًا ^(٩) : يحل شربها عندنا ، وصارت حلا ^(١٠) .
وعند الشافعي : لا يحل . ولقب المسألة أن تحايل الحمر بالعلاج : هل يبباح
أم لا ^(١١) ؟ .

-
- (١) كذا في ح . وفي الأصل : « ثم ذبح لا يحرم أكله » . وفي ب : « ثم ذبح لا يحرم
أكل لحمه » . وفي ا : « ثم ذبحت لا يحرم أكل لحمها » .
(٢) كذا في ا و ح : « نقعت » . وفي الأصل و ب : « أنقعت » .
(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « زالت » .
(٤) في ح : « ومن رائحتها » . وفي ا : « وأزيتها » .
(٥) « الحمر » ساقطة في ا .
(٦) في ا و ح : « علاج » . وفي ا : « في علاج » - انظر الهامش السابق .
(٧) « حتى » ليست في ح .
(٨) التاء من ا و ب و ح .
(٩) في ب كذا : « خابضًا » .
(١٠) في ا و ب و ح كذا : « خللا » .
(١١) « ولقب المسألة ... أم لا » من ا . وهي في ح و ب مع نقص « أم لا » في ب ،
ونقص « أن » في ح .

واو نقل (١) الحمر (٢) من الظل إلى الشمس ، ومن الشمس إلى الظل (٣) ،
حتى تصير حامضاً - تحمل عندنا (٤) ، وللشافعي (٥) فيه قولان - والمسألة
معروفة . والله أعلم .

(١) في ا : « نقلت » . وفي ح كذا : « نقلاب » .

(٢) « الحمر » ليست في ب .

(٣) « ومن الشمس إلى الظل » من ا . وفي ح و ب : « ومنها إلى الظل » .

(٤) في ا و ب و ح : « فمندان يحمل » .

(٥) كذا في ب . وفي ا و ح : « وعند الشافعي » . وفي الاصل : « واه » .

كتاب

الحظر والإباحة

سمى ^(١) محمد بن الحسن رحمه الله ومشايخنا ^(٢) هذا الكتاب: «كتاب الاستحسان»، لما فيه من المسائل التي استحسنها العقل والشرع ^(٣).
والشيخ أبو الحسن الكرخي ^(٤) سماه: «كتاب الحظر والإباحة»، لما فيه من ^(٥) بيان أحكام الحظر والإباحة والكراهة والندب على الخصوص ^(٦).
الخصوص ^(٧).

وبرأ الكتاب باباً: المس والنظر إلى الرجال والنساء ^(٨) - فنقول:
النسوان على أربعة أنواع:

نوع منها - الزوجات، والمملوكات بملك اليمين.

ونوع منها - الأجنبية، وذوات الرحم التي لا ^(٩) يحرم نكاحهن ^(١٠).

(١) في أ و ح: «قال رحمه الله: سمي».

(٢) في ب: «محمد ومشايخنا رحمه الله». وفي ح: «محمد ومشايخنا».

(٣) «والشرع» ليست في ب.

(٤) راجع ترجمته في الهامش ٣ ص ٩ من الجزء الأول.

(٥) «من» من أ و ب و ح.

(٦) «أحكام» ليست في أ و ح.

(٧) «على الخصوص» ليست في أ و ح.

(٨) في أ و ح: «إلى النساء» فقط.

(٩) «لا» من أ و ب و ح.

(١٠) في أ و ح: «نكاحها».

ونوع آخر - ذوات^(١) الرحم المحرم ، والمحارم التي لا رحم لها كالحرمة^(٢) بالرضاع^(٣) والصهرية .
ونوع آخر^(٤) - مملوكات الغير .
أما النوع الأول :

فيحل للزوج^(٥) وللمالك^(٦) النظر والمس من قرنها^(٧) إلى قدمها ،
عن شهوة ، ويحل الاستمتاع في^(٨) الفرج ، وما دون الفرج ، إلا^(٩)
في حالة الحيض : فإنه لا يباح الوطء في هذه الحالة ما لم تطهر .
وهل يباح الجماع فيما^(١٠) دون الفرج ؟ قال أبو حنيفة وأبو يوسف :
لا يباح الاستمتاع إلا فوق الإزار . وقال محمد : يجتنب شمار^(١١) الدم ،

(١) في ح : « ذو » . وفي ا : « ذوا » .

(٢) كذا في ! وب و ح : « كالحرمة » . وفي الأصل : « كالحرمة » .

(٣) في اسقطت العين في « بالرضاع » . فصارت كذا : « بالرضا » .

(٤) في ب : « ونوع منها » .

(٥) في ح : « الزوج » . وانظر الهامش التالي

(٦) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « والمالك » .

(٧) في ا و ح : « فوقها » . والقرن شعر المرأة خاصة والجمع قرون ومنه : « سبحان من زين الرجال بالاحى والنساء بالقرون » (المغرب) . وفي الكسائي (٥ : ١١٩ : ٤) : « من رأسها » . وكذا في السطر الأسفل من نفس الصفحة .

(٨) في ا و ح : « من » .

(٩) الصفحة التي تبدأ من هنا أي ببارة « في حالة الحيض » والصفحة التي تليها وردا في النسخة المصورة للأصل في غير موضعها إذ وردا على اعتبارهما ص ٢/٢٤٤ و ١/٢٤٥ . ووردت صفحتا ٢/٢٤٤ و ١/٢٤٥ على أنهما ٢/٣٤٤ و ١/٣٤٥ وقد نبهنا إلى ذلك في كتاب الشركة : راجع الهامش ٦ ص ٩ .

(١٠) في ا : « فيها » .

(١١) في ا و ح : « شمار » .

ويحل له ما وراء ذلك من غير إزار .

واختلف المشايخ في تفسير قول أبي حنيفة وأبي يوسف: « ما فوق الإزار »^(١) - بعضهم قالوا^(٢) : أراد^(٣) ما فوق السرة من البطن ونحوه ، ولا يباح ما دون السرة إلى الركبة . وقال بعضهم : أراد به أنه^(٤) يحل الاستمتاع مع الإزار لا^(٥) مكشوفاً . وكذا لا يحل الاستمتاع^(٦) بالدبر عند عامة العلماء . وقال بعض أصحاب الظواهر : يباح .

والأصل في ذلك^(٧) قوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم »^(٨) من غير فصل ، إلا أن حالة

(١) « ما فوق الإزار » ليست في ا و ح .

(٢) في ا و ح : « قال بعضهم » .

(٣) في ب كذا : « أرى » . وزاد هنا في ح : « ما بعض »

(٤) « أنه » ليست في ا و ح .

(٥) « لا » ليست في ب و ح .

(٦) « الاستمتاع » ليست في ا و ح .

(٧) في ب : « وأصل ذلك » .

(٨) زاد في ب قوله تعالى : « فإنهم غير ملومين » - سورة المؤمنون : ٥-٦ وقد وردت وسط

آيات هي : « قد أفلاح المؤمنون . الذين هم في صلاتهم خاشعون . والذين هم عن الفواحش مبرضون . والذين هم للزكاة فاعلون . والذين هم لفروجهم حافظون . إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين . فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » . وسورة المارج : ٢٩ - ٣٠ وقد وردت وسط آيات هي : « لأن الإنسان خلق هادوا . إذا مسه الشر جزوعا . وإذا مسه الخير منوعا . ألا المصاين . الذين هم على صلاتهم دائمون . والذين هم لفروجهم حافظون . إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين . فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » .

الحيض صارت مستثناة لقوله^(١) تعالى : « ويسألونك عن المحيض : قل هو أذى (الآية) »^(٢) . وصار^(٣) الاستمتاع بالدبر مستثنى بإجماع الصحابة ، وبحديث^(٤) على رضى الله عنه أن النبي عليه السلام قال : « من أتى حائضاً ، أو امرأة في دبرها ، أو أتى كاهناً فصدقه فيما يقول - فهو كافر بما أنزل^(٥) على محمد صلى الله عليه^(٦) » .

وأما النظر إلى عين^(٧) الفرج : < فمباح^(٨) أيضاً ، لأن الاستمتاع مباح^(٩) ، فالنظر أولى ، لكن ليس من الأدب النظر إلى^(١٠) فرج نفسه أو^(١١) إلى فرجها .

وأصل ذلك ما روى عن عائشة رضى الله عنها^(١٢) أنها^(١٣) قالت :

(١) في ب : « بقوله » .

(٢) البقرة : ٢٢٢ والآية : « ويسألونك عن المحيض : قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ، فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله لأن الله يحب المتوابين والمحبت المتطهرين » .

(٣) في ا : « فصار » .

(٤) في ا و ح : « ولحديث » .

(٥) في ا : « بما أنزل الله » .

(٦) زاد في ح و ا : « وسلم » . و « صلى وسلم » ليست في ب .

(٧) في ا و ح : « غير » .

(٨) في ح و ا : « يباح » .

(٩) في ح : « يباح » .

(١٠) « إلى » ليست في ح .

(١١) الهمزة من ا و ب و ح .

(١٢) زاد في ا و ح : « وعن أبيها » .

(١٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « أنه » .

« قبض رسول الله صلى الله عليه وما نظرت إلى ما منه وما نظر^(١) إلى ما منى » .

وأما النوع الثاني - وهو المحارم من ذوات الرحم، والمحارم التي لارحم لها من^(٢) الأجنبيات - فنقول :

النظر حرام، إلى هؤلاء : إلى^(٣) ما بين السرة والركبة، و^(٤) إلى البطن والظهر، ويباح النظر إلى ما سوى ذلك من الشعر، والصدر، والساعدين^(٥)، والساقين، ونحوها - لقوله تعالى : « ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن (الآية) »^(٦) . ولكن هذا إذا كان غالب رأيه أنه لا يشتهى . فأما إذا كان غالب حاله^(٧) أنه يشتهى : < فـ > لا يباح

(١) « ما نظر » من ب و ا - « إلى ما منه ... منى » ليست في ح وموضعا فيها بياض . وهي في الكسائي (٥ : ١١٩ : ١٠ من أسفل) .

(٢) « المحارم التي لارحم لها من » من ب . وفي الأصل و ا و ح : « من ذوات الرحم والأجنبيات » . وهذا النوع هو ما ورد « ثالثا » عند ذكره أنواع النساء (ص ٦٨ هـ) . والمقصود بالمحارم التي لارحم لها من الأجنبيات المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة (راجع ص ٦٨ هـ) .
(٣) في ح : « وإلى » . وفي ا : « إلا » . وفي ب : « إلى هؤلاء ما بين » .

(٤) في ا و ح : « والنظر » .

(٥) في ا و ح : « والساعد » .

(٦) النور : ٣١ - والآية : « وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها وليضربن بخمرهن على جيوبهن ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو أبنائهن أو أبناء بعولتهن أو إخوانهن أو بنى إخوانهن أو بنى أخوانهن أو نساءهن أو ما ملكت أيمانهن أو التابعين غير أولى الإربة من الرجال أو الطفل الذين لا يظهروا على عورات النساء ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن وتوبوا إلى الله جيمعا أيها المؤمنون لعلكم تفلحون » .

(٧) في ا و ب و ح : « رأيه » .

له^(١) النظر .

وما عرفت من الجواب في حق النظر ، فهو الجواب في حق المس :
أنه^(٢) لا يباح له^(٣) مس الأُعضاء التي لا يباح له النظر إليها ، ويباح
مس الأُعضاء التي يباح له النظر إليها^(٤) ، و^(٥) .
وهذا إذا كانت الأُعضاء مكشوفة .

فأما إذا كانت مع الثياب ، واحتاج ذو الرحم المحرم إلى مس هذه
الأُعضاء الأربعة ، وراء الثوب ، إلا ركاب^(٦) ، والإئزال ، والوضع في
القبر والاحد - فلا بأس بذلك^(٧) إذا كان لا يشتهي ، لأجل الحاجة .
وأما النوع^(٨) الثالث - وهو^(٩) مملوكات الغير :

فحكمها وحكم ذوات الرحم المحرم في حرمة^(١٠) النظر
والمس^(١١) ، سواء .

(١) « له » من ب .

(٢) كذا في ب . وفي ا وح : « لانه » .

(٣) « له » ليست في ا . انظر الهامش بعد التالي .

(٤) في ب : « له النظر ويباح من الأُعضاء ما يباح له النظر » اهـ . انظر الهامش التالي .

(٥) « أنه لا يباح ... إليها » من ح .

(٦) في ح : « الإرياب » .

(٧) في ا و ب وح : « به » .

(٨) في ح : « نوع » .

(٩) « وهو » ليست في ا وح .

(١٠) في ا وح : « في حق » .

(١١) في ا وح : « والمس » .

وأما النوع الرابع - وهو ^(١) «الأجنبيات» ، وذوات الرحم بلا محرم ^(٢) :
فإنه يحرم النظر إليها ^(٣) أصلاً ^(٤) من رأسها إلى قدمها ، سوى الوجه
والكفين ، فإنه لا بأس بالنظر إليها ^(٥) من غير شهوة ، فإن كان غالب
رأيه أنه يشتهى ، يحرم ^(٦) أصلاً ^(٧) .

وأما المس ^(٨) <ف> يحرم ، سواء ^(٩) عن شهوة ، أو عن غير شهوة -
وهذا إذا كانت شابة .

فإن كانت عجوزاً ^(١٠) ، فلا بأس بالمصافحة إن كان غالب رأيه أنه
لا يشتهى . ولا تحل المصافحة إن كانت تشتهى ^(١١) ، وإن كان الرجل ^(١٢)
لا يشتهى ^(١٣) .

(١) في ا و ح : « فهو » .

(٢) في ا و ب و ح : « بلا حرمة » . . والمقصود ذوات الرحم الذى لا يحرم النكاح
كبنات العم والعمة والحال والحالة (الكسانى ، ٥ : ١١٩ : ٣) .

(٣) « إليها » من ا و ح .

(٤) « أصلاً » ليت في ب .

(٥) في ا و ب و ح : « إليها » .

(٦) في ا و ح : « لا يباح » .

(٧) « أصلاً » من ا و ب و ح .

(٨) في ا و ح : « المس » .

(٩) في ا و ح : « سواء كانت » . وفي ب : « سواء كان » .

(١٠) كذا في ب . وفي الاصل وا و ح : « عجوزة » .. وقد قيل إنه يصح التأنيث بالهاء
وقيل إنه لا يصح (انظر المصباح) . وفي القرآن الكريم (هود : ٧٢) : « أألد وأنا عجوز » .
راجع الهامش ١٠ ص ٥٠٥ .

(١١) كذا في ب و ا و ج وفي الاصل : « إن كان يشتهى » .

(١٢) في ا و ح : « والرجل » .

(١٣) انظر الكسانى ، ٥ : ١٢٢ : ٢٤ - ١٢٣ .

فإن كان عند الضرورة : فلا بأس بالنظر ، وإن كان يشتهى^(١) ،
 كالمقاضي^(٢) والشاهد : ينظر إلى وجهها ، عند القضاء^(٣) ، وتحمل
 الشهادة^(٤) ، أو^(٥) كان يريد تزوجها^(٦) ، لأن الغرض ليس^(٧) هو
 اقتضاء الشهوة ، على ما^(٨) روى عن النبي عليه السلام أنه قال للمغيرة^(٩)
 ابن شعبة : « لو نظرت إليها لأحرى^(١٠) أن يؤدم بينكما » .
 وأما النظر إلى القدمين - هل يحرم^(١١) ؟ ذكر^(١٢) في « كتاب
 الاستحسان » : هي^(١٣) عورة في حق النظر ، وليس بمعورة في حق
 الصلاة . وكذا ذكر في « الزيادات » إشارة^(١٤) إلى أنها ليست^(١٥) بمعورة
 في حق الصلاة .

-
- (١) في ح كذا : « ولأن كانت كالمقاضي » .
 (٢) في ب : « فالمقاضي » .
 (٣) في ب كذا : « وجهها القضا » . وانظر الهامش التالي
 (٤) في ح : « عند المقاضي والشهادة » . وفي ا : « عند القضاء والشهادة » .
 (٥) في ح : « إن » .
 (٦) في ا و ب و ح : « تزويجها » .
 (٧) « ليس » ليست في ا .
 (٨) في ا و ح : « لما » .
 (٩) كذا في ا . وفي الاصل و ب و ح : « لمغيرة » . راجع ترجمته في الهامش ١٠ ص ١٦٢
 من الجزء الأول .
 (١٠) في ا و ح : « كان أحرى » .
 (١١) « هل يحرم » ليست في ا و ح .
 (١٢) في ا و ح : « قد ذكر » .
 (١٣) في ح : « هو » .
 (١٤) « إشارة » ليست في ا .
 (١٥) في ح : « ليس » .

وذكر ابن شجاع^(١) عن الحسن عن أبي حنيفة أنها ليست بعورة، في حق النظر، كالوجه والكفين^(٢).

وأما الرجال في^(٣) حق الرجال^(٤): «ف» يباح لكل واحد النظر إلى الآخر، سوى ما بين الركبة^(٥) إلى السرة. والركبة عورة عندنا، خلافا للشافعي^(٦). والسرة ليست بعورة عندنا، وعنده عورة.

وكذلك النساء في حق النساء: يباح النظر إلى جميع الأعضاء سوى ما بين الركبة إلى السرة.

وما يباح النظر^(٧) يباح المس من غير شهوة. ولا يباح المس والنظر^(٨) إلى ما بين السرة والركبة^(٩)، إلا في حالة الضرورة، بأن

(١) في ا و ح: «ابن سماعة». وفي الكاساني (٥: ١٢٢: ١): «وروى الحسن عن أبي حنيفة...». وفي الشافعي على الزيلعي (٦: ١٧): «وقال الكرخي في مختصره: قال ابن شجاع عن الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز النظر إلى وجهها وكفيها وقدميها». وتقدمت (في الهامش ٦ ص ١١٨ من الجزء الأول) ترجمة ابن شجاع وهو محمد بن شجاع أبو عبد الله التاجي تلميذ الحسن بن أبي مالك والحسن بن زياد. وتوفي سنة ٢٦٦ هـ.

(٢) كذا في ا و ح. وفي الأصول أشبه: «والكفين».

(٣) في ب: «فمى». (٤) «الرجال» ساقطة في ح.

(٥) في ا و ح: «الركبتين».

(٦) في ا و ح و ب: «وعند الشافعي ليست (في ب: ليس) بعورة».

(٧) في ب: «النظر فيه».

(٨) «إلى جميع الأعضاء سوى... المس والنظر» ليست في ا و ح. وفيها: «وكذا النساء

في حق النساء: يباح النظر والمس (في ح: والمس) لمن بعضهن إلى بعض إلى ما بين... انظر الهامش التالي

(٩) في ب: «إلى ما بين السرة إلى». وفي ا: «لما بين السرة إلى الركبة». وفي

ح: «إلى بين السرة وإلى الركبة».

كانت المرأة^(١) ختانة تختن^(٢) النساء ، أو كانت تنظر إلى الفرج^(٣) لمعرفة البكارة ، أو كان^(٤) في موضع العودة قرح^(٥) أو جرح يحتاج إلى التداوى^(٦) . وإن كان^(٧) لا يعرف ذلك^(٨) إلا الرجل ، يكشف^(٩) ذلك الموضع الذي^(١٠) فيه جرح وقرح^(١١) ، فينظر إليه ، وينفض البصر^(١٢) ما استطاع .

وكذا يباح للنساء النظر إلى الرجال ، إلا فيما^(١٣) بين السرة إلى الركبة^(١٤) ، لأن هذا ليس بعودة ، فإن الرجال قد يكونون^(١٥) في إزار واحد في الأسواق ، ولم ينكر عليهم أحد^(١٦) .

-
- (١) في ب : « امرأة » .
 (٢) كذا في ا و ح . وفي ب والأصل تشبه : « تختن » .
 (٣) « إلى الفرج » ليست في ح و ا .
 (٤) في ا و ح : « كانت » .
 (٥) في ب كذا : « فرج » .
 (٦) في ح كذا : « الدواى » .
 (٧) في ب : « فإن كان » .
 (٨) « ذلك » ليست في ا و ح .
 (٩) في ب : « يكشف له » .
 (١٠) « الذى » ليست في ب .
 (١١) في ا و ح : « القرح والجرح » . وفي ب : « الجرح أو القرح » .
 (١٢) في ا : « بصره » .
 (١٣) في ح كذا : « إلى ما بين » . وفي ا : « إلا ما بين » .
 (١٤) في ب : « و الركبة » .
 (١٥) في ا و ح : « يكونوا » .
 (١٦) زاد في ب : « والله أعلم » .

باب^(١) آخر

قال^(٢) :

رجل رأى إنساناً قتل أباه ، عمدا ، بالسلاح ، أو أقر عنده ، ثم قال القاتل : « إنما قتلته ، لأنه قتل وليي^(٣) عمدا ، أو أنه ارتد عن الإسلام » ، ولم^(٤) يعرف الابن ذلك إلا بدعواه : فإنه يباح له أن يقتص منه^(٥) ، ولا يقبل قوله ، لأن القصاص ثبت عنده لوجود^(٦) القتل العمد ظاهرا ، بالعيان أو بالإقرار ، فإن الإقرار حجة بنفسه ، وقول القاتل يحتمل الصدق والكذب ، فلا يعتبر إلا بحجة^(٧) .

ولو شهد ، عنده ، رجلان ، عدلان : « إن هذا الرجل قتل أباك ، عمدا ، بالسلاح » - فإنه لا يباح له أن يقتله ، لأن قول الشاهدين لا يصير حجة ، بدون قضاء القاضي^(٨) ، بخلاف الإقرار والعيان .

ولو شهد عند الابن شاهدان على دعوى القاتل : أنه قتله بحق ،

(١) في ا و ح : « كتاب » .

(٢) « قال » ليست في ب . وفي ا و ح : « قال رحمه الله » .

(٣) في ا و ح : « أبي » .

(٤) في ح : « ولن » .

(٥) « منه » ليست في ب .

(٦) في ا و ب و ح : « بوجود » .

(٧) « بنفسه وقول... بحجة » ليست في ا و ح .

(٨) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « بدون القضاء » ،

ينظر : إن كان بحال لو شهدا عند القاضى ، فالقاضى ^(١) يقضى بشهادتهما ^(٢) : فإنه لا يتمجل بالقتل ، بل يتوقف إلى أن يشهدا عند القاضى . وإن كان بحال لا يقبل القاضى قولهما : يباح له أن يقتله ^(٣) للحال - بيانه : — إذا كان الشاهدان محدودين ^(٤) فى القذف ، أو فاسقين ^(٥) ، أو النساء وحدهن - فالقاضى لا يقضى بقولهم ^(٦) ، و ^(٧) يباح له أن ^(٨) يقتله للحال . وإن كانا رجلين عدلين : يتوقف . — و لذلك فى الشاهد الواحد : يتوقف .

— و روى عن محمد : فى المحدودين أحب إلى أن يتوقف ، لأن القاضى ربما يقبل شهادتهما ، على رأى الشافعى ، ويكون اجتهاده يقضى إليه ، و يراه حقاً وصواباً ، وقضاء ^(٩) القاضى ، فى فصل مختلف ^(١٠) فيه ، جائز . — وكذلك فى الفاسقين ، والنساء وحدهن : يجب أن يكون الجواب ^(١١)

-
- (١) « فالقاضى » ليست فى ا و ح .
 (٢) فى ح : « شهادتهما » . وفى ب : « يحكم بشهادتهما » .
 (٣) فى ب : « أن يقبأه » . وهى ليست فى ح .
 (٤) فى ا و ح : « شاهدان محدودان » .
 (٥) فى ا و ح : « فى القذف أو فاسقان » .
 (٦) « بقولهم » ليست فى ا .
 (٧) « و » من ب .
 (٨) فى ح تكررت : « له أن » .
 (٩) فى ا : « وقضاء » . وفى ح كذا : « وقضى » .
 (١٠) فى ح : « فاختلف » .
 (١١) « الجواب » من ا و ب و ح .

كذلك ، عنده ، لأن ذلك فصل ^(١) مختلف فيه أيضاً ^(٢) .

— وكذلك الجواب فيما إذا ^(٣) رأى إنساناً أخذ مال أبيه ، أو أقر عنده ، ثم قال : « كان ^(٤) ذلك عنده وديعة لي ^(٥) فأخذته » أو : « كان لي عليه دين فاقتضيته » — فله أن يأخذه ^(٦) .

— ولو شهد رجلان عنده بذلك : ليس له أن يأخذ ، لما قلنا .

— ولو أن القاضى إنما ^(٧) قضى في فصل مجتهد فيه ، وهو من ^(٨) أهل الاجتهاد برأيه . والمقضى عليه فقيه مجتهد يرى بخلاف ما يقضى به القاضى ، فإنه يجب عليه أن يترك رأيه برأى القاضى ، سواء كان ذلك من باب الحل أو ^(٩) الحرمة أو الملك أو الطلاق أو ^(١٠) العتاق ونحوه ، لأن قضاء القاضى في فصل مجتهد فيه ينفذ بإجماع الأمة ، لأن رأيه ترجح ^(١١) بولاية القاضى ^(١٢) — وهذا ^(١٣) قول محمد . وكذا قال أبو يوسف فيما ليس

(١) « فصل » ليست فى ح .

(٢) « أيضاً » من اوب و ح .

(٣) « إذا » ليست فى ح .

(٤) « كان » من اوب و ح .

(٥) « لي » ليست فى ح . وفى اوب : « منى » .

(٦) كذا فى ا . وفى الاصل وب و ح : « يأخذ » .

(٧) فى اوب و ح : « لاذ » .

(٨) « من » ليست فى ب .

(٩) فى ا و ح : « و » .

(١٠) الهزلة من ب .

(١١) « قضاء القاضى ... ترجح » ليست فى ا و ح .

(١٢) فى ب : « القضاء » .

(١٣) فى ب : « وهو » .

من باب الحرمة ، فأما إذا كان من باب الحرمة : < ف > يتبع رأى نفسه ، احتياطاً في باب الحرمة ^(١) - بيانه :

— رجل قال لامرأته : « أنت طالق » ^(٢) ألبتة ، وهو رجل فقيه : في زعمه واجتهاده أنه طلاق ثلاث أو بائن ، فرفعت ^(٣) المرأة الأمر ^(٤) إلى القاضى ، ورأيه أنه طلاق واحد ، يملك الرجعة ، فقضى ^(٥) بالحل للمرأة عليه ، يحل للزوج وطؤها ^(٦) ، ويصير رأيه متروكاً برأى القاضى عند محمد ، وعند أبى يوسف بخلافه .

— ولو كان رأى الزوج أن هذا طلاق ^(٧) رجمى ، ورأى القاضى أنه طلاق بائن أو ثلاث ، فقضى ^(٨) بالحرمة ، يحرم عليه وطؤها في القولين .
— ولو كان الرجل ^(٩) المطلق ليس بفقيه ، فأفتى له الفقهاء بأن هذا طلاق ^(١٠) محرم ، ورفعت الأمر ^(١١) إلى القاضى وقضى القاضى ^(١٢)

(١) « فأما إذا كان ... الحرمة » ليست في ا و ح .

(٢) في ا : « طلاق » .

(٣) في ب : « رفعت » .

(٤) « الأمر » من ا و ب و ح .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « يقضى » .

(٦) « وطئها » ليست في ح .

(٧) في ا و ح : « ولو رأى الزوج أنه طلاق » .

(٨) في ب : « يقضى » .

(٩) « الرجل » ليست في ا .

(١٠) « طلاق » ليست في ب . وفي ا و ح : « الطلاق » .

(١١) في ب : « رفع الأمر » . وفي ا و ح : « رفعت المرأة الأمر » .

(١٢) في ا و ح : « فقضى بالحل » . وفي ب : « فإن قضى القاضى » .

بالحل: يحل له وطؤها، لأن فتوى الفقهاء <المطلق> ^(١) بمنزلة الاجتهاد منه، فيجب عليه ترك الفتوى برأى القاضى عند محمد، خلافاً لأبى يوسف .
— و ^(٢) إذا كانت المسألة على العكس ^(٣)، فالجواب كذلك : أنه يتبع رأى القاضى من ^(٤) القولين .

— ولو أن فقيهاً مجتهداً قال لامرأته : « أنت طالق ألبتة » ورأيه أنه ثلاث ^(٥) ، وعزم على الحرمة و ^(٦) أمضى رأيه فيما بينه وبينها ^(٧) ، < وأجنب > ^(٨) عنها ، ثم تحول رأيه إلى ^(٩) أنه طلاق يملك الرجعة . يجب ^(١٠) العمل بالرأى الأول فى حق ^(١١) هذه المرأة، حتى لا يحل له ^(١٢) وطؤها، إلا بنكاح جديد، أو بعد الزوج الثانى ^(١٣) ، وبالرأى الثانى فى المستقبل فى حقها وفى حق غيرها، لأن ما أمضى بالاجتهاد لا ^(١٤) ينقض

(١) فى الاصل وغيره : « للقاضى » . راجع الصفحة السابقة .

(٢) الواو من ب .

(٣) فى ا و ح : « بالعكس » .

(٤) فى ا و ب و ح : « فى » .

(٥) زاد فى ا و ح : « مطلقات » . وفى ب زاد : « تطليقات » .

(٦) فى ا و ح : « أو » .

(٧) فى ا و ح : « بينها » .

(٨) أى تباعد (المنجد) . وفى الاصل تشبه : « اجتنبت » . وفى ب تشبه : « واجتنب »

وفى ح كذا : « وأحييت » . وفى ا كذا : « وأجلت » .

(٩) « لى » ليست فى ا و ب و ح .

(١٠) فى ا و ب و ح : « يجب عليه » .

(١١) « حق » ليست فى ا و ح .

(١٢) « له » ليست فى ب .

(١٣) فى ا و ح كذا : « أو تزوج ثانياً » . وفى ب : « أو بالزوج الثانى » .

(١٤) فى ا و ح : « ولا » .

باجتهاد^(١) مثله .

ولو لم يعزم على الحرمة ، ولم^(٢) يعض اجتهاده بينه وبينها ، حتى تحول رأيه إلى^(٣) الحل وأنه طلاق رجعى - له أن يطأها ، ولا تقع الفرقة لأنه لم يوجد إمضاء الاجتهاد^(٤) الأول ، فصار كالتقاضى^(٥) إذا كان رأيه^(٦) التحريم فقبل^(٧) أن يقضى تحول رأيه إلى الحل ، يعمل^(٨) بالرأى الثانى ، ويقضى بالحل فى حق هذه المرأة - فكذا هذا^(٩) و^(١٠) .

(١) فى ح : « بالاجتهاد » .

(٢) فى ح : « فلم » .

(٣) فى ح : « فى » .

(٤) فى ب : « اجتهاده » - انظر الهامش التالى

(٥) « له أن يطأها ... كالتقاضى » ليست فى ح و ا .

(٦) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « له رأى » .

(٧) الفاء من ب .

(٨) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « فعمل » .

(٩) « فكذا هذا » ليست فى ب .

(١٠) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب آخر منه^(١)

لا خلاف^(٢) بين الأئمة في إباحة^(٣) استعمال الحرير ، للنساء ، لبسا ، واستفراشا ، وجلوساً عليه^(٤) ، ونحو ذلك .

فأما في حق الرجال : < فاللبس حرام بالاجماع ، بأن جعله قباء ، أو قميصا ، أو قلنسوة ، وهو حرير خالص ، في غير حالة الحرب . فأما في حال^(٥) الحرب فكذلك عند أبي حنيفة ، وعندهما : يباح اللبس في حال^(٦) الحرب .

وهذا إذا كان كله حريرا . فأما إذا كان لحمته حريرا ، فلا يكره في الحرب ، بالاجماع ، ويكره في غيره .

وإذا كان السدى^(٧) حريرا لا غير : لا يكره ، بالاجماع .
وأصله قوله عليه السلام على ما^(٨) رواه علي بن أبي طالب أن النبي عليه السلام أخذ حريرا بشماله وذهاباً يمينه ورفع بهما يديه^(٩) وقال :

(١) « منه » ليست في ا و ح .

(٢) في ا و ح : « قال رحمه الله : لا خلاف » .

(٣) « لإباحة » من ب و ا .

(٤) « عليه » ليست في ا .

(٥) و (٦) في ا و ح : « حالة » .

(٧) في ا و ح : « وإن كان سدا » .

(٨) « على ما » من ب . وفي ا و ح : « قوله عليه السلام عن علي ... » . وفي ب :

« على ما روى عن علي » .

(٩) « يديه » ليست في ب .

« إن هذين حرام^(١) على ذكور أمتي ، حل لائناها^(٢) » - فأبو حنيفة أخذ^(٣) بعموم^(٤) الحديث ولم يفصل بين^(٥) الحرب وغيره . وهما قالا بالاباحة في حق أهل الحرب ، لأن لباس^(٦) الحرير أهيب للعدو وأثبت للسلاح ، فخصا^(٧) أهل الحرب من^(٨) عموم^(٩) الحديث ، ولكن أبابا^(١٠) حنيفة قال : هذا المعنى يحصل بما إذا كان لحمته حريرا ، فلا ضرورة في الحرير الخالص .

وأما لباس الصبيان والمجانين : فحرام^(١١) على الأولياء ، ويأثمون بذلك . أما لا حرمة^(١٢) في حقهم > فلا^(١٣) نه < لا خطاب عليهم .

وأما النوم على^(١٤) الحرير ، واستعماله في الجلوس عليه والالتسكا^(١٥)

-
- (١) في ح : « حرامين » .
 - (٢) في ا و ح : « لائناهم » .
 - (٣) في ب : « فعمل أبو حنيفة » .
 - (٤) في ح : « لعموم » .
 - (٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « بين أهل الحرب » ويبدو أن « أهل » مشطوبة .
 - (٦) في ب : « ايس » .
 - (٧) في ح : « فخصما » . وفي ا : « فخصما » .
 - (٨) في الأصل وغيره : « عن » .
 - (٩) « عموم » من ا و ب و ح .
 - (١٠) في ا و ب و ح : « أبو... » .
 - (١١) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « حرام » .
 - (١٢) في ح كذا : « أما الحرمة » .
 - (١٣) في الأصل : « فائته » . وفي ا و ب و ح : « لائته » .
 - (١٤) « على » ليست في ب .
 - (١٥) في ح : « في الجلوس في الالتسكا » .

عليه (١) - فجائز عند أبي حنيفة ، لا أنه (٢) ليس فيه (٣) تعظيم . بخلاف اللباس (٤) . وعندهما : لا يجوز للرجال أيضاً ، لا أنه لباس (٥) الكفرة (٦) من الأعاجم .

ولكن القليل من الحرير عفو في حق اللبس (٧) . وذلك بمقدار ثلاث أصابع أو أربع ، فإن النبي عليه السلام لبس (٨) فروة (٩) أطرافها من حرير ، وكذلك العلم في الثياب (١٠) . معتاد من غير تكبير من أحد (١١) ، فيكون إجماعاً .

. . .

وأما استعمال الذهب والفضة بطريق التحلي : < فـ > مباح في حق النساء ، وفي حق الرجال حرام ، سوى التختم بالفضة . لما روينا من الحديث ، وجاءت الرخصة في الحاتم .

وأما استعمال الأواني من الذهب والفضة ، في الشرب والأكل

(١) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « به » .

(٢) في ب : « لأن » .

(٣) « فيه » ليست في ا و ح . وفي ا : « ليس بتعظيم »

(٤) في ا و ح : « اللبس » .

(٥) في ا : « لبس » . وفي ح كذا : « ليس » .

(٦) زاد في ا و ح : « أيضاً » .

(٧) في ب : « في حق اللباس أيضاً » .

(٨) « وذلك مقدار ... لبس » ليست في ا و ح .

(٩) في ح : « فردة » .

(١٠) أى أن تكون ذات علامة (انظر السكاساني ، ٥ : ١٣١ : ١٣ - ١٠ من أسفل) .

(١١) في ح : « من واحد » . وفي ا : « تكبير واحد » .

والادهان ، ونحو ذلك مما يستعمل في البدن^(١) - فحرام في حق الرجال والنساء جميعاً^(٢) ، حتى^(٣) المكحلة والمرآة والمجمر^(٤) ونحوها ، وكذلك الركاب^(٥) والاجام والثفر^(٦) والكروسي والسريـر ونحوها . أما إذا كان مفضضاً أو مضيباً^(٧) فلا بأس^(٨) باستعماله عند أبي حنيفة ، وكذلك إذا كان على السيف^(٩) .

وعندهما^(١٠) : يكره ذلك^(١١) كله ، لأن الذهب والفضة صارا من أجزاء ذلك الشيء .

وأبو حنيفة يقول إنه تبع لما ليس بذهب وفضة^(١٢) ، والمعبرة للأصل^(١٣) - وهذا في إحدى الروايتين . وفي رواية : إذا كان فيه عند الشرب^(١٤) يقع على العود : لا^(١٥) يكرهه ، وإن كان يقع^(١٦) على الفضة : يكرهه .

(١) في أ : « يستعمل ذلك في البدن » .

(٢) « جميعاً » ليست في أ و ح و ب .

(٣) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « حتى إن » .

(٤) المجمر ما يوقد فيه العود (المغرب) . وفي أ و ح و ب : « والمجمر » .

(٥) في ح كذا : « وكذلك الدكان » .

(٦) « والثفر » من أ و ب و ح . والثفر بالتحريك هو من السرج ما يحمل تحت ذنب

الدابة (المغرب) .

(٧) أى مشدودا والمقصود بالذهب أو بالفضة . انظر الكاساني ، ٥ : ١٣٢ .

(٨) في ح : « لا بأس » .

(٩) كذا في أ و ح . وفي الأصل و ب : « السقف » .

(١٠) في ح : « وعنده » .

(١١) « ذلك » ليست في أ و ح .

(١٢) في أ و ح : « بالذهب والفضة » .

(١٣) في ح : « الأصل » . (١٤) في أ و ح : « الشراب » .

(١٥) في : « ولا » . (١٦) « يقع » ليست في ح .

وكذا إذا كان الجلوس على الكرسي المفضض والمذهب ، على هاتين الروايتين : إن كان الجلوس على موضع ^(١) العود: لا يكره ، وإن كان على الفضة : يكره . وفي رواية : لا يكره أصلاً .
وهما رخصا في المصحف في رواية ^(٢) . وفي رواية يكره في المصحف أيضاً .

وهذا إذا كان الذهب مما يخلص بالائذابة .
فأما إذا كان مموهاً ماء الذهب و ^(٣) الفضة ، فلا بأس به ^(٤) ، لأنه لا يخلص عند الائذابة .

وكذا كتابة الذهب ^(٥) والفضة على الثياب: فعلى ^(٦) هذا الاختلاف .
وإذا جُدِعَ ^(٧) أنفه ، فجعل ^(٨) أنف من فضة ، لا إزالة الشين ، لا يكره .
ولو جعل من الذهب لا يكره أيضاً ، لأنه إذا كان من الفضة ينتن ^(٩) ، فرخص في ذلك ، وفي عين ^(١٠) هذا ورد الأمر .

(١) في ب : « مواضع » .

(٢) « في رواية » من ا و ب و ح .

(٣) في ا : « أو » .

(٤) « به » ليست في ب .

(٥) في ا و ح : « وكذلك الكتابة بالذهب » .

(٦) « الثياب فعلى » ليست في ا و ح .

(٧) جُدِعَ أنفه قطعه (المصباح) . وفي ب : « جُدِعَ » .

(٨) في ا و ح : « فاتخذ » .

(٩) « لأن الأنف ينتن بالفضة » الكاساني ، ٥ : ١٣٢ : ١١ من أسفل . و « الشين

... ينتن » ليست في ا و ح .

(١٠) كذا في ب . وفي الأهل و ا و ح كذا : « غير » - ولعل الصواب : « عين » ، وقد =

ولو تحرك سنه^(١) فشدّها^(٢) بذهب أو فضة: <ف> لا بأس به ،
عند أبي حنيفة . وفي الجامع الصغير: لا يشدها بالذهب . وعند محمد: لا بأس
به^(٣) . وكان أبو حنيفة لا يرى بأسا بشدها بالفضة ، لأنه لا حاجة
إلى الذهب^(٤) .

ولو خيف سقوط الفص من خاتم الفضة^(٥) فشد^(٦) بمسما من^(٧)
ذهب: <ف> لا بأس به ، بالاتفاق ، لأجل الضرورة .

ولو سقطت سن^(٨) إنسان^(٩) ، وأراد^(١٠) أن يعيدها ويشدها بالذهب
و^(١١) الفضة ، يكره ، عند أبي حنيفة ، كما^(١٢) لو وضع سن ميت آخر :
يكره . وقال أبو يوسف: لا بأس بإعادة سنه مكانها ، ولا يشبه سنه سن

= ورد في الكاساني (٥ : ١٣٢ : ١٠ من أسفل) : « وقد روى أن عرفة أصيب أنفه يوم الكلاب .
فاتخذ أنفا من ورق فأتى فأمره سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفا من ذهب » .
(١) في ح كذا : « منه » .

(٢) في ا و ح : « فشدّها » .

(٣) قال في الجامع الصغير (ص ١١١) : « ولا تشد الا سنان بالذهب وتشد بالفضة .
وقال محمد رحمه الله : لا بأس بالذهب أيضا » .

(٤) في ا و ح : « الفضة » .

(٥) « الفضة » من ا و ب و ح .

(٦) في ا و ح : « فشدوها » .

(٧) « من » من ا و ح - وفيها : « من الذهب » .

(٨) في ا و ب و ح : « ثنية » .

(٩) « لإنسان » ليست في ب .

(١٠) في ا و ب و ح : « فأراد » .

(١١) في ح و ا : « أو » .

(١٢) « لم » ليست في ا .

ميت آخر ، و^(١) بينهما فصل عندى ، وإن لم يحضر فى ذلك^(٢) .

ثم ذكر فى الكتاب^(٣) مسائل : ذكرها متفرقة فى الكتب^(٤) ، وقد جمعها ههنا ، وقد ذكرناها فى مواضعها^(٥) ، فلا^(٦) نعيد لها - ونذكر بعض^(٧) ما لم نذكره^(٨) .

منها - أنه يكره شرب لبن الأتان^(٩) ، للتداوى ، بالاتفاق : أما^(١٠) عند أبى حنيفة < ف > لا يشك ، كما فى بول ما^(١١) يؤكل لحمه^(١٢) . وأبو يوسف فرق وقال : الأصل^(١٣) هو الكراهة^(١٤) لقوله عليه

(١) « و » ليست فى ا و ح .

(٢) فى ب و ح : « وإن لم يحضر فى ذلك » . وفى ا « وإن لم يحضون ذلك » . وفى الكسانى (٥ : ١٣٢ س ٢ من أسفل - ١٣٣) : « وبينهما عندى فصل ولكن لم يحضرنى - ووجه الفصل له من وجهين : أحدهما - أن سن نفسه جزء منفصل للحال عنه لكنه يحتمل أن يصير متصلا فى الثانى بأن ياتم فيشتد بنفسه فيعود إلى حاله الأولى ولإعادة جزء منفصل إلى مكانه لياتم جائزا كما إذا قطع شئ من عضوه فأعاد إلى مكانه ، فأما سن غيره فلا يحتمل ذلك . وثانى - أن استعمال جزء منفصل عن غيره من بنى آدم إهانة بذاك الغير والآدمى بجميع أجزائه مكرم ، ولا إهانة فى استعمال جزء نفسه فى الإعادة إلى مكانه » .

(٣) فى ا و ب و ح : « فى الباب » . راجع فيما تقدم ص ٥٦٧ .

(٤) فى ب : « فى الكتاب » . راجع فيما تقدم ص ٥٦٧ .

(٥) فى ا و ح : « فى موضعها » .

(٦) فى ح : « ولا » .

(٧) « بعض » ليست فى ا و ح .

(٨) فى ا و ح : « ما لم يذكره » .

(٩) الأتان الائنى من الحمير .

(١٠) « أما » ليست فى ا و ح .

(١١) فى ا و ح : « مالا » .

(١٢) راجع ص ١٢٤ - ١٢٥ من الجزء الأول .

(١٣) فى ح : « هو الأصل » . (١٤) فى ح : « الكراهية » .

السلام^(١) : « إن الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » ، ولكن في البول ورد حديث خاص^(٢) ، فبقى الباقي على الأصل .

وقال : لا بأس بعبادة اليهودي والنصراني^(٣) ، للحديث الوارد فيه ، ولا أجل إلف^(٥) أهل الذمة ، خصوصاً في حال المرض^(٦) ، مما يدعوهم إلى الدين الحق .

أما السلام < ف > قالوا : يكره^(٧) لما فيه من التعظيم ، وتمظيمهم مكروه .

وأما رد السلام : < ف > لا بأس به^(٨) ، لأن الامتناع من^(٩) ذلك يؤذيهم ، والأحسن في حقهم مندوب ، لكن ينبغي أن لا يزيد على قوله : « وعليكم » ، لأنه^(١٠) قيل إنهم^(١١) يقولون : « السام^(١٢) عليكم » فيجابون بقوله « وعليكم » بطريق المجازاة^(١٣) .

(١) « السلام » من ا و ب و ح .

(٢) راجع في الجزء الأول ص ١٢٤ - ١٢٥ والهامش ١١ ص ١٢٤ وقد أوردنا فيه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر قوماً من عريضة بأن يخرجوا إلى إبل الصدقة ويشربوا من أبوالها وألبانها .

(٣) في ا و ب و ح : « قال : ولا بأس » .

(٤) كذا في ا و ب و ج . وفي الأصل : « والنصارى » .

(٥) في ا و ب و ح : « ولائ فيه تألف » .

(٦) زاد هتافي ح : « من مباشرة سبب الموت لآفته » . وفي ا : « المرض لآفته مما . » .

(٧) « يكره » ليست في ا و ح .

(٨) « به » ليست في ح . (٩) في ح و ا : « عن » .

(١٠) في ا و ح : « لأنهم » . (١١) « إنهم » ليست في ح .

(١٢) السام هو الموت (انقرب) . (١٣) في ح كذا : « المجازات » .

وهل يكره منع هؤلاء من ^(١) الدخول في المساجد - قال مالك :
يمنعون عن دخول المسجد الحرام ، وعن كل مسجد .

وقال الشافعي : يمتنعون عن دخول المسجد الحرام لا غير ^(٢) .

وعندنا : لا يمتنعون عن دخول شيء من المساجد ، وذلك ^(٣) لأن
المشركين كانوا ^(٤) يدخلون المسجد الحرام عند رسول الله صلى الله عليه ،
لمرض ^(٥) إلا سلام عليهم ، ونحو ذلك .

. . .

ويكره للمرأة أن تصل شعرها المقطوع بشعرها ، وكذا ^(٦) بشعر
غيرها ، لقوله عليه السلام : « لمن الله ^(٧) الواصلة والمستوصلة » .

ولا بأس بأن تصل شعرها بشعر البهيمة ^(٨) ، لأن ذلك من باب
الزينة ، وهي غير ^(٩) ممنوعة عنها لزوج .

. . .

(١) في ب : « عن » .

(٢) في ا و ب و ح : « الحرام دون غيره من المساجد » .

(٣) في ا و ب و ح : « المساجد ولا بأس بذلك » .

(٤) « كانوا » من ا و ب و ح .

(٥) « عند رسول الله ... لمرض » ليست في ح ، وموضعها بياض . وفي ب : « فيمرض » .

(٦) « بشعرها وكذا » ليست في ب . وفي ح : « بشعرها بشعر وكذا » .

(٧) « الله » ليست في ا و ب و ح .

(٨) في ح كذا : « ولا بأس بشعر البهيمة ولا بأس بأن تصل بشعر البهيمة » . وفي

ا : « ولا بأس بأن تصل شعر البهيمة » .

(٩) « غير » ساقطة في ا .

ويكروه اللعب بالنرد ، والشطرنج ^(١) . والأربعة عشر ^(٢) ، وكل هو - لقوله عليه السلام : « ما أنا من دَرٍ ^(٣) ولا الدُّ منى » . وبعض أصحاب الحديث أبا جوا ^(٤) اللعب بالشطرنج ، لما فيه من تشجيد ^(٥) الحاطر . ولكن الصحيح هو الكراهة ، على ما روينا : « كل لعب حرام إلا ثلاثة » ^(٦) .

وهذا إذا لم يكن فيه قمار ^(٧) . فأما إذا كان فيه قمار ، فهو حرام محض لثبوت حرمة بنص الكتاب ، وهو قوله تعالى : « إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه » ^(٨) .

ولو أن ^(٩) حاملا ماتت وفي بطنها ولد يضطرب : فإن كان غالب

(١) في ب : « باللعب بالشطرنج » وليس فيها : « بالنرد » .

(٢) في ب : « والأربعة عشرة » .

(٣) الدد : اللهو واللعب (المختار) .

(٤) في ا و ح : « رخص » .

(٥) في ا و ح : « تنجيد » .

(٦) في ا و ح كذا : « إلا ثلث » . سيأتي في أول كتاب السبق (ص ٥٩٤) أنه

روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « كل لعب حرام إلا ثلاثة : ملاعبة الرجل أهله ، ورميه عن قوسه ، وتأديبه فرسه » .

(٧) في ا و ح : « إذا لم يكن قمارا » . وانظر فيما بعد « كتاب السبق » .

(٨) وردت الآية هكذا في ب . وفي ا و ح : حتى « الشيطان » . وفي الأصل حتى :

« والميسر » . والآية هي رقم ٩٠ من سورة المائدة وهي وما بعدها : « يا أيها الذين آمنوا

إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون » . وإنما

يريد الشيطان أن يوقع بينكم المداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة

فهل أنتم منتبهون » . وقد قال الله تعالى أيضاً في سورة البقرة في الآية ٢١٩ : « يسألونك عن

الخمر والميسر : قل فيها إنهم كبير ومنافع للناس ، وإنهما أكبر من نفعهما ... » .

(٩) « أن » ليست في ح .

الظن أنه ولد حى ، وهو (١) فى مدة يعيش (٢) غالباً ، فإنه يشق بطنها ، لأن فيه إحياء الآدمى ، بترك تعظيم الآدمى (٣) ، ورك التعظيم (٤) أهون من مباشرة سبب الموت (٥) .

ولو ابتلع إنسان (٦) درة رجل ، مات - لم يشق بطنه ، لا إخراج الدرة ، لأن حرمة النفس فوق حرمة المال . وإن (٧) كان الذى ابتلع غنياً ، يضمن قيمة (٨) الدرة (٩) لصاحبها . وإن كان فقيراً ، فيكون (١٠) له ثواب التصديق بها - والله تعالى أعلم .

(١) « وهو » ليست فى ا و ح .

(٢) فى ب : « يعيش » .

(٣) فى ب : « التعظيم آدمى » . وانظر الهامش بعد التالي

(٤) فى ح : « تعظيم » وانظر الهامش التالي

(٥) « من مباشرة سبب الموت » ليست فى ح وموضعها فيها باض و « تعظيم الآدمى ... » ب :

ليست فى ا .

(٦) « إنسان » ليست فى ا و ح .

(٧) فى ا و ب و ح : « فإن » .

(٨) « قيمة » ليست فى ا و ح .

(٩) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « الدر » .

(١٠) « فيكون » ليست فى ج و ا .

كتاب

السَّبَق^(١)

قال^(٢) :

لا بأس بالمسابقة في أربعة أشياء^(٣) : في النصل ، والحافر ، والحف ،
والقدم - لما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « كل لعب حرام إلا
ثلاثة^(٤) : ملاعبة الرجل أهله ، ورميه عن قوسه ، وتأديبه^(٥) فرسه » .
وتفسير المسابقة في النصل^(٦) - هو الرمي بالسهم ، والرماح ، وكل
سلاح يمكن أن يرمى به . فكانت^(٧) المسابقة بذلك^(٨) من باب
تعلم^(٩) أسباب الجهاد ، فكان مرخصا ، وإن كان في الأصل من اللعب .
وتفسير المسابقة بالحافر - هو عدو^(١٠) الفرس والحمار والبغل .

-
- (١) في ١ : « كتاب المسابقة » . وفي الفاموس : « والسَّبَقُ محرّكة والسَّبِقَةُ بالضم الخطر
يوضع بين أهل السباق » . وانظر فيما بعد الهامش ١ ص ٥٩٦ .
(٢) « قال » ليست في ب . وفي ا و ح : « قال رحمه الله » .
(٣) « أشياء » ليست في ح .
(٤) في ا و ح : « ثلاث » .
(٥) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « وتأديب » .
(٦) في ا و ح : « بالنصل » .
(٧) « التاء » من ا و ح . وفي ب : « مكان » .
(٨) في ب : « بذلك لأنها من » .
(٩) في ب و ح : « تعلّم » .
(١٠) في ح : « لعدا » . وفي ا كذا : « وهو لغراء » .

والمراد بالخف^(١) - هو الإبل والبقر، لأنه قد يركب عليها، في باب الجهاد، بعض الناس.

والمراد بالمسابقة بالقدم - هو المشى بالقدم، وهذا مما يحتاج إليه للكر^(٢) والفر في^(٣) الجهاد. فكان من^(٤) رياضة النفس. وأصله ما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «سأبت النبي عليه السلام فسبقتة، فلما حملت اللحم سابقته^(٥)، فسبقتني، فقلت^(٦): هذه بتلك». . . .

ثم المسابقة على أربعة أوجه: فتلاثة أوجه^(٧) منها حلال، والرابع حرام.

أما أحد الأوجه الحلال - بأن كان السلطان أو أحد من الرؤساء إذا قال^(٨) الجماعة من الفرسان أو الاثنين^(٩): «من سبق^(١٠) منكم، فله كذا» أو^(١١): «إن سبق فلا شيء عليه^(١٢)» - فمن سبق جعل له

(١) في ب: «من الخف».

(٢) في ب: «في الكر».

(٣) في ب: «في باب».

(٤) في ا و ح: «فكان هو». وفي ب: «فكان من باب».

(٥) كذا في ا و ج. وفي الاصل و ب: «سابقته». وفي الكاساني (٢٠٦: ٦).

(١٤) مثل ما في المتن.

(٦) في ا و ح: «قلت».

(٧) «أوجه» من ا و ب و ح.

(٨) في ا و ح: «أو أحد من السلطان قال».

(٩) كذا في ب. وفي ح: «اثنين». وفي الاصل و ا: «الاثنين».

(١٠) «من سبق» ليست في ح.

(١١) في ا و ب و ح: «و».

(١٢) «عليه» ليست في ح.

خطر^(١) .

وكذا إذا قال لجماعة من الرماة إلى الهدف^(٢) : « من أصاب منكم الهدف^(٣) ، فله كذا » لأن هذا تحريض^(٤) لهم^(٥) على فعل هو سبب الجهاد في الجملة^(٦) .

والترجييع^(٧) من الإمام في الغنيمة^(٨) لبعض الغزاة ، تحريضا لهم على الجهاد ، جائز ، بأن قال : « من قتل قتيلًا فله سلبه » ، و « من دخل الحصن أولا فله من النفل كذا » مع أن الغنيمة حق الغزاة في الجملة - فهذا^(٩) يعطى من ماله ، فأحق^(١٠) بالجواز .

والثاني - أن يسابق^(١١) رجلان أو يسابق^(١٢) جماعة ، في السهام أو في^(١٣) الفرس أو^(١٤) المشى بالقدم ، وقال لصاحبه : « إن سبقتنى فلنك

(١) في ا و ح : « فن سبق فله خطره » . وفي ب : « فن سبق حل له خطره » . والخطر السبق يتراهن عليه (القاموس المحيط) . راجع الهامش ا ص ٥٩٤ .

(٢) « لل الهدف » من ا و ب و ح .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « لل الهدف » .

(٤) في ج كذا : « الحريض » .

(٥) « لهم » من ا و ح .

(٦) انظر الهامش التالي .

(٧) في ب كذا : « والترجييع » . وفي ح و ا : « وفي الجملة التحريض » . وسيأتي في السطرين

الاخيرين من الصفحة المقبلة : « ... لانه تحريض على مباشرة سبب الجهاد في الجملة » . وكذا في السكا - اني (٦ : ٢٠٦ : ١٦) .

(٨) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « في القسمة » .

(٩) في ا : « فهو » . (١٠) في ا و ح : « فألحق » .

(١١) كذا في ب و ا . وفي الاصل و ح : « سابق » .

(١٢) كذا في ت . و « أو يسابق » ليست في ح و ا . وفي الاصل : « أو سابق » .

(١٣) « في » ليست في ا و ب و ح . (١٤) في ا و ح : « أو في » .

كذا وإن سبقتك^(١) فلا شيء عليك - فهذا مباح ، لأن الخطر فيه من أحد الجانبين .

والثالث - إن كان الخطر من الاثنين^(٢) أو من الجماعة^(٣) ، ومعهم محلل^(٤) يأخذ خطرهم إن سبق ، ولا يغرم إن سبق - فهذا جائز .

والرابع - أن يكون الخطر من كل واحد : على أنه إن سبق فله الخطر ، وإن سبق فيغرم لصاحبه مثله - فهذا لا يجوز ، لأن هذا من^(٥) باب القمار ، وإنه حرام .

ثم إنما يجوز الرهان والمسابقة فيما يجوز أن يسبق^(٦) أحدهما ، ويسبق الآخر . فأما إذا كان في موضع يعلم من حيث الغالب أنه يسبق أحدهما ، فإن ذلك^(٧) لا يجوز ، لأن هذا إيجاب المال للغير على نفسه ، بشرط لا^(٨) منفعة له فيه ، وإنما جوزنا ذلك في الفصل الأول لأنه تحريض على مباشرة سبب^(٩) الجهاد في الجملة^(١٠) .

(١) الكاف من ا و ح .

(٢) في ا و ب و ح : « اثنين » .

(٣) في ا و ح : « جماعة » .

(٤) كذا أيضاً في الكسانى (٦ : ٢٠٦ : ٢٠ وما بعده) .

(٥) في ب : « لأنه من » .

(٦) في ا و ح : « سبق » .

(٧) في ا و ب و ح : « فإنه » .

(٨) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « بشرط أن لا » .

(٩) في ب : « بسبب » . راجع الكسانى ، ٦ : ٢٠٦ : ٢٠ وما بعده .

(١٠) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب المفقود

قال^(١) :

يحتاج إلى :

تفسير المفقود ،

وإلى^(٢) بيان أحكامه على الخصوص^(٣) .

أما الأول

فالمفقود هو الذي غاب عن بلده ، بحيث لا يعرف أثره^(٤) ، ومضى على ذلك زمان ، ولم يظهر أثره^(٥) .

وأما حكمهم

فنوعان : أحدهما في الحال ، والثاني في المال .

أما حكم المال :

إذا^(٦) تطاول الزمان بعدما فقد من وقت ولادته بحيث لا يعيش

(١) « قال » ليست في ب . وفي أ و ح : « قال رحمه الله » .

(٢) في أ : « وعلى » . وفي ح : « على » .

(٣) في ح و أ : « أحكامه الخصوص » .

(٤) في أ و ح : « لا يعرف له أثر » .

(٥) في ب : « أمره » . وفي الكسائي (٦ : ١٩٦ : ٣) : « فالمفقود اسم لشخص

غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت » .

(٦) في ح : « إذ » .

مثله إلى ذلك الزمان^(١) بيقين ، أو من^(٢) حيث الغالب - يحكم بموته^(٣) .
وتقع الفرقة بينه وبين نسائه . ويعتق أمهات أولاده ومديره^(٤) .
ويقسم ماله^(٥) بين ورثته . ولا يرث هو من أحد^(٦) .
ولم يقدر في ظاهر الرواية تقديراً في ذلك .

وروى ابن زياد عن أبي حنيفة^(٧) أنه قدر ذلك^(٨) بمائة وعشرين
سنة من وقت الولادة^(٩) .

وأما حكم الحال :

فهو أن القاضي هو الحافظ لماله ، والمتصرف فيه فيما^(١٠) يرجع إلى
الحفظ . فإن كان شيئاً مما^(١١) يتسارع إليه الفساد ، فإنه يبيعه ويحفظ
ثمنه . وكذا إذا كان عروضاً ، وحفظ الثمن^(١٢) أيسر - فلا بأس

(١) « الزمان » من ا و ح .

(٢) « من » ليست في ح .

(٣) في ب كذا : « يحكم بموته » .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « ومديره » .

(٥) « ماله » ليست في ا و ح .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « واحد » .

(٧) في ا و ح : « وروى الحسن عن أبي حنيفة » . وفي ب : « وروى عن الحسن عن

أبي حنيفة » . والحسن بن زياد اللؤلؤي (نسبة لمولى بيع اللؤلؤ) من أصحاب أبي حنيفة . كان حافظاً
للروايات عن أبي حنيفة . وولى القضاء ثم استعفى . وأخذ عنه محمد بن سعادة ومحمد بن شجاع
الناجي . وله كتاب « المجرد » و « الأمل » . قيل : توفي سنة ٢٠٤ هـ . (الأكتوى ، الفوائد) .

(٨) « ذلك » ليست في ا و ح .

(٩) في ا و ب و ح : « ولادته » .

(١٠) كذا يبدو في الأصل و ب . وفي ا و ح : « فإ » .

(١١) « مما » من ا و ح . وفي ب كذا : « فإن كان شايماً يتسارع » .

(١٢) « الثمن » ليست في ح و ا . وفي ا : « وحفظه أيسر » .

بيعه^(١) . ولا يبيع العقار أصلاً^(٢) .

وإن كان له ودائع يترك في أيديهم ، لكونهم أمناء^(٣) ، مادام المفقود في حكم الأحياء .

ثم إن^(٤) له أن ينفق من ماله على نسائه إن كان^(٥) يعلم ببقاء النكاح بينهما . وكذا على أولاده الصغار ، والذكور^(٦) الكبار الزمنى^(٧) ، والإناث^(٨) .

وإن لم يكن له مال ، وله ودائع^(٩) : فإنه ينفق من ذلك إذا كان من جنس الطعام ، والثياب ، والdraهم ، والدنانير .

ولا يبيع المروض للنفقة^(١٠) على هؤلاء ، ولكن للأب^(١١) أن يبيع المروض في نفقته ، لأن للأب^(١٢) ولاية التصرف في مال الابن في الجملة ، وإن لم يكن من باب الحفظ ، بخلاف القاضي .

وهذا إذا كان المودع مقراً بالوديعة وبالنكاح والنسب^(١٣) . فأما

(١) في ح : « فلا يبيعه » .

(٢) « ولا يبيع العقار أصلاً » ليست في ح وموضعها يياض فيها .

(٣) في ا و ب و ح كذا : « أمناء » .

(٤) « إن » من ا و ب و ح .

(٥) « كان » ليست في ا و ح .

(٦) « الذكور » من ب .

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « والزمنى » . والزمن هو الذي طال مرضه زماناً (المغرب) .

(٨) في ح كذا : « في الآثار » . وفي ا : « والآثار » .

(٩) في ا : « وإن لم يكن مال وودائع » .

(١٠) في ح : « لنفقة » .

(١١) و (١٢) في ح : « الأب » .

(١٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « والنسب » .

إذا كان منكراً ، فإنه ^(١) لا يسمع عليه الخصومة في إثبات المال ، ولا في إثبات النكاح والذنب ، لأن هذا قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر ، وإنه غير جائز ^(٢) عندنا .

ولو مات واحد من أقربائه ، فإنه لا يرث ، حتى لا يأخذ القاضى حصته من تركة الميت فيحفظ على المفقود ، ولكن يوقف حتى يظهر ^(٣) أمره ، لأنه حتى من حيث الظاهر ، والظاهر لا يصلح حجة لاستحقاق أمر لم يكن ، ولكن لما كانت ^(٤) الحياة ثابتة طاهراً ، اعتبر في حق التوقف . ^(٥)

(١) في ا و ح : « به » .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « جائزة » .

(٣) في ا و ب و ح : « إلى أن يظهر » .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « كان » .

(٥) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب

اللقيط واللقطة وجعل الآبق^(١)

قال^(٢) :

يحتاج إلى :

تفسير اللقيط ، واللقطة ، والآبق^(٣) ، والضالة ،
وإلى بيان أحكامها على الخصوص .

< أما الأول - فنقول : >

أما اللقيط - فما يلتقط ويؤخذ مما طرح على الأرض^(٤) من صغار
بنى آدم .

واللقطة - ما يلتقط مما يوجد^(٥) مطروحا على الأرض^(٦) من الأموال
من^(٧) غير الحيوان .

(١) في أ : « كتاب اللقيط واللقطة والآبق والضالة » .

(٢) « قال » ليست في ب . وفي أ و ح : « قال رحمه الله » .

(٣) في أ و ح : « وجعل الآبق » .

(٤) في ب : « فما يلتقط ويوجد مطروحا على وجه الأرض » . وفي أ و ح : « فما يلتقط

مما يوجد مطروحا على الأرض » .

(٥) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « مما يؤخذ » .

(٦) في ب : « على وجه الأرض » .

(٧) « من » ليست في ح .

والآبق - هو المملوك الذى فر من صاحبه ^(١) قصدا .
والضالة - هى الدابة التى ندت ^(٢) وضلت ^(٣) الطريق ^(٤) إلى مربطها .

< وأما الثانى - فنقول : >

أما حكم ^(٥) اللقيط - فنقول :

إن اللقيط يساوى ^(٦) الصبي ، الذى ليس بلقيط ، فى عامة الأحكام .
وله أحكام على الخصوص :

منها - أن التقاطه واجب على كل من ^(٧) وجدده ، لأن فى تركه
ضياعه ، فيجب عليه ^(٨) صيافته .

ومنها - أنه إذا التقطه ^(٩) فإن شاء تبرع بتربيته والآنفاق عليه ، وإن
شاء رفع الأمر إلى السلطان ، ليأمر بتربيته ، أحدا ، من مال ^(١٠) بيت المال ،
والآنفاق عليه ^(١١) ، لأن ^(١٢) بيت المال معد ^(١٣) لحوائج جميع المسلمين .

(١) فى ب : « مولا » . وانظر فيما بعد ص ٦١٣ وما بعدها .

(٢) نَدَّ البعير نَفْرًا وذهب على وجهه شازدا (المصباح) .

(٣) فى ا و ب : « فضلت » . وفى ح كذا : « فظلت » .

(٤) « الطريق » ليست فى ا و ح . وانظر فيما بعد ص ٦١٣ .

(٥) « حكم » ليست فى ا و ح .

(٦) فى ا و ح كذا : « يسا » .

(٧) « من » ليست فى ح .

(٨) « عليه » ليست فى ا و ح .

(٩) الماء من ا و ب و ح .

(١٠) فى ب : « بمال » . وفى ا : « بمال من » .

(١١) « ولأن شاء ... والآنفاق عليه » ساقطة فى ح .

(١٢) فى ب : « لأن مال » .

(١٣) فى ح كذا : « لأن ثبت لمعد » .

وهذا إذا لم يكن له مال . فإن كان^(١) له مال ، بأن وجد الملتقط معه مالا ، فيكون^(٢) مال اللقيط - فنفقته من ذلك المال ، لأنه غير محتاج^(٣) ، فلا يثبت حقه في بيت المال .

ولو^(٤) أنفق عليه^(٥) الملتقط ، ليرجع عليه بعد بلوغه : فإن^(٦) كان بإذن القاضي ، له أن يرجع ، وإلا فيكون متبرعاً .

ومنها - أن الولاية عليه للسلطان في^(٧) حق الحفظ ، و^(٨) في حق التزويج ، لقوله عليه السلام : « السلطان ولي من لا ولي له » ، وليس للملتقط ولاية التزويج .

وإذا زوجه السلطان ، فالمهر^(٩) في بيت المال ، إلا إذا كان للقيط^(١٠) مال ، فيكون في ماله .

ومنها - الولاء : فيكون ولاؤه لبيت المال ، حتى إنه^(١١) إذا جنى على

(١) في أ : « فأما إذا لم يكن » .

(٢) في ح : « ويكون » .

(٣) « فنفقته ... غير محتاج » ليست في ح وموضعا يياض .

(٤) في أ و ح : « فإن » .

(٥) في ب : « عليها » .

(٦) الفاء من أ و ح .

(٧) في أ : « من » . وفي ح : « السلطان من » .

(٨) « و » ليست في أ و ح .

(٩) في ح : « في المهر » .

(١٠) في أ و ح كذا : « اللقيط » .

(١١) « إنه » ليست في ح و أ .

إنسان ، خطأ ، فإن ذلك يكون^(١) في بيت المال ، لأن عاقبته^(٢) جميع المسلمين^(٣) ، فيكون^(٤) عقله من^(٥) مالهم ، وهو مال بيت المال . وكذلك ميراثه : لبيت المال^(٦) إذا لم يظهر^(٧) له وارث .

ومنها - حكم الحرية : فهو حر^(٨) من حيث الظاهر ، لأن دار الإسلام دار حرية فينبئ^(٩) على الظاهر .

ولو ادعى الملتقط أنه عبده^(١٠) : <ف> إن لم يقر بأنه لقيط ، فالقول قوله ، لأن الصغير لا يدل له ، فهو و^(١١) سائر الأموال سواء ، فإذا^(١٢) كان في يده فهو ملكه^(١٣) ظاهراً ، فيكون القول قوله .

فأما إذا أقر أنه لقيط ، <ف> لا يصح دعواه ، لأنه ثبتت حرية^(١٤)

(١) « يكون » ليست في ا و ب و ح .

(٢) في ح : « عاقلة » .

(٣) في ا و ح : « المسلمون » بدلا من : « جميع المسلمين » .

(٤) في ب : « ليكون » .

(٥) في ا و ب و ح : « في » .

(٦) « وكذلك ... المال » ليست في ا و ح .

(٧) في ا و ب و ح : « إذا لم يكن » .

(٨) « حر » ليست في ب .

(٩) في ب كذا : « سني » .

(١٠) في ب : « عبده » .

(١١) « و » ليست في ح .

(١٢) « الفاء » من ا و ب و ح .

(١٣) في ا و ح : « مالكة » .

(١٤) في ب كذا : « لا ثبت حرمة » .

ظاهراً^(١١) .

ولو بلغ اللقيط وأقر أنه عبد فلان : إن^(٢) لم يجز عليه^(٣) حكم
الاحرار، من قبول شهادته وضرب قاذفه ونحو ذلك ، يصح^(٤) إقراره .
وإن أجرى^(٥) عليه من أحكام الحرية شيء ، لا يصح .

ومنها - حكم^(٦) النسب : إذا ادعى الماتقط ، أو غيره ، أنه ابنه ،
والمدعى^(٧) مسلم أو ذمي ، فالقياس^(٨) أن لا يصح دعواه^(٩) ، إلا
بالينة^(١٠) . وفي الاستحسان : يصح ، لأن في^(١١) هذا نفع للصغير^(١٢) .
ولو ادعاه رجلان : أحدهما مسلم ، والآخر ذمي - فإنه يثبت نسبه
من المسلم .

ولو ادعى المسلم أنه عبده ، والذمي أنه ابنه - فإنه يثبت^(١٣) نسبه^(١٤)

-
- (١) زاد في ا و ح : « فيكون القول قوله » - ولعله أن يكون خطأ من الناسخ إذ كرر هذه
المبارة وقد وردت فيما سلف (في السطر قبل السابق) .
(٢) « إن » ليست في ا و ح .
(٣) « عليه » من ا و ب و ح .
(٤) في ا و ح : « ويصح » .
(٥) في ا و ب و ح : « جرى » .
(٦) « حكم » ليست في ا و ح .
(٧) « والمدعى » ليست في ا و ب و ح .
(٨) في ا و ح : « والقياس » . وفي ب : « القياس » .
(٩) في ب : « دعوته » .
(١٠) في ا و ح : « بينة » .
(١١) « في » من ب .
(١٢) في ح كذا : « لأن هذا يقع للصغير » .
(١٣) كذا في ا و ب . وفي الاصل : « ثبت » .
(١٤) « من المسلم ولو ادعى المسلم ... نسبه » ليست في ح .

من الذمى ، حتى يثبت له ^(١) الحرية ، ويكون مسلماً ، لأن حكمه حكم ^(٢) دار الإسلام .

ولو كانا مسلمين و ^(٣) أحدهما عبد مأذون أو مكاتب ^(٤) :
فالنسب ^(٥) يثبت من الحر .

ولو كانا حرين مسلمين : < ف > إن لم يكن لهما بينة ولم يذكر أحدهما علامة ، أو ^(٦) ذكر أحدهما العلامة ^(٧) ، أو ^(٨) أقاما جميعا البينة ^(٩) - فهو بينهما .

وإن كان لأحدهما بينة ، أو ذكر ^(١٠) العلامة ، و ^(١١) لم يكن الآخر ذلك ^(١٢) - فالأول أولى ، لأنه ترجح ^(١٣) جانبه بمرجح .
وإن ادعت امرأة اللقيط أنه ابنها : < ف > إن لم يكن لها زوج :

(١) « له » ليست في او ح .

(٢) « حكم » ليست في او ح .

(٣) « و » ليست في او ح .

(٤) في الكذا : « ... مسلمين أحدهما مكاتب أحدهما حر والآخر مكاتب » . وراجع باب الكتابة ص ١٦ ؛ وما بعدها من الجزء . انتهى .

(٥) في ح : « والنسب » .

(٦) « ولو كانا حرين ... علامة أو » ليست في او ح . وفيها مكانها : « فإن » .

(٧) في او ح : « علامة » .

(٨) في او ب و ح : « و » .

(٩) في او ح : « وأقاما بينة » .

(١٠) في او ح : « وذكر » .

(١١) « و » ليست في او ح .

(١٢) في ب : « ولم يذكر الآخر ذلك » .

(١٣) في او ح : « يترجح » .

لا يصح، لأن في ذلك حمل النسب على الغير^(١). وإن كان لها زوج،
فصدقها، أو شهدت لها القابلة، أو شاهدان : يثبت النسب بينهما^(٢).
ولو ادعت امرأتان : <ف> إن لم يكن لهما^(٣) يئنة : لا تقبل^(٤).
وإن أقاما^(٥) البينة على أنه ابنها^(٦) من فلان : <ف> من^(٧) أبي حنيفة أنه^(٨)
يقبل^(٩) منهما، و^(١٠) من الرجل^(١١). وعن^(١٢) محمد روايتان : في رواية^(١٣)
أبي حنيفة : يجعل ابنهما^(١٤)، وفي رواية أبي سلمان : لا يجعل ابنهما^(١٥).

وأما حكم الإسلام - <فقد> اختلفت الرواية عن أصحابنا : <ف> في

(١) الموجود في البحر (٥ : ١٥٧) وفي الزيلعي (٣ : ٢٩٩) وفي ابن عابدين
(٣ : ٣٤٦ طبعة الحلبي) وفي الفتاوى الحانية (٣ : ٣٩٨) أنه إذا ادعت امرأة لزوج
لها . فقات : « هو ابني » ، وبذلك شهادة رجلين - ومعنى هذا أن دعواها مقبولة، وأنها تتوقف
على إقامة بينة تامة . ولا تقبل شهادة القابلة لمدى قيام زوجية حينئذ . كما يلاحظ أن تعليل عدم الصحة
بأن في الدعوى حمل النسب على الغير غير واضح إذ الفرض أن لا زوج المدعية وأنها إنما تدعى
الولادة فقط .

(٢) في ب : « منها » .

(٣) في ح : « لها » . وفي ا : « لم تكن لهما »

(٤) في ا و ب و ج : « لا يقبل » .

(٥) في ح و ب : « أقامتا » . وفي ا : « أقامت » .

(٦) في ا : « على أنها ابنها » .

(٧) في ب : « عند » .

(٨) « أنه » ليست في ب .

(٩) « يقبل » من ا و ب و ح .

(١٠) « و » ليست في ح . وانظر الهامش التالي .

(١١) « ومن الرجل » ليست في ا . وراجع الهامش السابق .

(١٢) في ب : « وعند » .

(١٣) « روايتان : في رواية » ليست في ح وموضعها فيها بياض .

(١٤) في ا و ح : « بينهما » . وانظر الهامش التالي .

(١٥) في ح : « بينهما » . وفي ا : « يجعل ابنهما » . راجع الهامش السابق .

ظاهر الروايات^(١) : اعتبر المسكان دون الواحد - فإن وجد في دار الإسلام^(٢) : يكون مسلماً . وإن^(٣) وجد في كنيسة اليهود ، أو في بيعة^(٤) النصارى ، أو في^(٥) قرية كلهم أهل الذمة : فهو تتبع لهم .
وفي رواية : اعتبر الواحد ، كيفما كان ، دون المسكان .
وفي رواية : اعتبر جانب الإسلام : إما الواحد ، أ^(٦) المسكان .

وأما حكم اللفظة على الخصوص :

فمنها - أن من ظفر على لقطة^(٧) ، فلا تأخذ أولى . أما الترك : > فقالوا : إن كان يأمن على نفسه أنه يُعْرِضُهَا ويردها على صاحبها ، ولا محالة أو غالباً ، فلا تأخذ أولى^(٨) ، لأنه ربما يأخذ^(٩) فاسق أو تركه . وأما^(١٠) إذا كان لا يأمن على نفسه^(١١) فالترك أولى ، لأن صيانة نفسه عن

(١) في ا و ح : « الرواية » .

(٢) في ح : « في دار الإسلام والواحد » . وفي ا : « في دار الإسلام الواحد » .

(٣) في ح و ا : « فإن » .

(٤) كذا في ا . وفي ح : « أو بيعة » . وفي الاصل و ب : « وبيعة » .

(٥) « في » ليست في ب .

(٦) في ا و ح : « و » .

(٧) في ب : « باقطة » . وفي التهذيب : « ظفر به أو عليه » .

(٨) « أما الترك ... فلا تأخذ أولى » من ا و ب و ح على خلاف بين هذه النسخ ففي ا سقطت

كلمة « أولى » . وفي ب : « ... أنه يعترف وترد إلى صاحبها » . وفي ح : « أنه يعرف ويرد على صاحبها » .

(٩) الهاء من ا و ب و ح .

(١٠) الواو من ح .

(١١) « على نفسه » من ا و ح .

الوقوع في الفساد أولى^(١) ، مع احتمال أن يأخذه مصلح ، فيصل^(٢) إلى صاحبه أيضا .

• • •

وإذا أخذ وأراد^(٣) أن يضمها مكانها^(٤) ، وندم على الأخذ ، فوضعها - هل يضم ؟ في ظاهر الرواية : لا يضم^(٥) ، وفي بعض الروايات : يضم - وهو قول الشافعي .

ولو دفعها ، إلى غيره ، بغير إذن القاضي - فإنه يضم ، لأنه يجب^(٦) عليه حفظها^(٧) ، بنفسه ، بالتزامه الحفظ^(٨) ، بالالتقاط^(٩) .

ولو هلك في يده - فإن^(١٠) أشهد على اللقطة ، بأن قال للناس : « إني وجدت لقطة فمن طلبها^(١١) فداؤه^(١٢) على » فإنه لا^(١٣) يضم . ولو لم يشهد : < ف > عند أبي حنيفة : يضم ، وعندها لا يضم إذا كان

(١) « أولى » ليست في او ح .

(٢) في ب : « لصل » .

(٣) في او ب و ح : « فأراد » .

(٤) في ب : « في مكانها » . وفي او ح : « بمكانها » .

(٥) « لا يضم » ساقطة في ا .

(٦) في او ب و ح : « وجب » .

(٧) في الاصل و او ب و ح : « حفظه » .

(٨) في او ح : « لاحفظ » .

(٩) في ا كذا : « بالالفاظ » .

(١٠) كذا في او ح . وفي الاصل : « إذا » . وفي ب : « إن » .

(١١) في او ح : « فمن يشدها » . وفي ب : « يشدها » .

(١٢) في او ب و ح : « داؤه » .

(١٣) « لا » ليست في ح .

أخذه ليرده إلى^(١) صاحبه ويحلف على^(٢) ذلك إن لم يصدقه صاحبه .

ثم الملتقط إذا أخذه^(٣) ليرده إلى^(٤) صاحبه^(٥) ، وأشهد : ينبغي أن يرفع الأمر إلى القاضي : فإن كانت^(٦) اللقطة حيوانا ، فالقاضي يأمره حتى يؤجرها^(٧) ، فتكون^(٨) نفقتها ومؤونتها من الأجرة ، وإن رأى المصلحة في ذلك . وإن لم ير المصلحة في الإجارة : فإن رأى أن يأمره بأن ينفق^(٩) عليها بمال^(١٠) نفسه ، ليرجع على صاحبه^(١١) ، فعمل ، وإن رأى أن يبيعه^(١٢) ويأمره بإمسك ثمنها^(١٣) - فعمل .

ويعرف ذلك سنة في جواب ظاهر الرواية ، وفي رواية الحسن : على قدر حال^(١٤) اللقطة : في النفيس سنة ، و^(١٥) في الدني^(١٦) الذي قيمته

(١) في ح : « على » .

(٢) « على » من ا و ب . وانظر فيما بعد الهامش هـ

(٣) الماء من ا و ب . وانظر الهامش بعد التالي

(٤) في ا : « على » . وانظر الهامش التالي

(٥) « ويحلف على ذلك ... صاحبه » ليست في ح .

(٦) في ب : « كان » .

(٧) في ا : « يأمره ليؤجرها »

(٨) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « فيكون » .

(٩) في ا و ح : « فإن رأى أنه ينفق » .

(١٠) في ا و ح : « من مال » .

(١١) في ا و ح : « على صاحبه بها » .

(١٢) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « يبيعه » .

(١٣) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « ثمنه » .

(١٤) « حال » ليست في ا و ح . « و » ساقطة في ح .

(١٦) « الدني » ليست في ا و ب و ح ففيها : « وفي الذي » مع سقط الواو في ح

كما نبهنا في الهامش السابق .

زائدة على عشرة دراهم^(١) : لا ينقص من شهر على هذا الاعتبار^(٢) .

فإذا مضى وقت التعريف ، ولم يظهر صاحبها : فإن كان الرجل موسراً : لا يحل له أن ينفق على نفسه ، ولكن^(٣) يتصدق^(٤) بها على الفقراء . وقال^(٥) الشافعى : يحل . وإن كان معسراً : له أن يتصدق^(٦) على نفسه ، وإن شاء : يتصدق^(٧) بها^(٨) على الفقراء .

فإن ظهر صاحبها : < فـ > إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها ، وإن شاء أخذ^(٩) من المتصدق عليه ، وإن شاء ضمن الملتقط^(١٠) .

وإن كان شيئاً يتسارع إليه^(١١) الفساد ، فإنه يعرفها ، بقدر ما لا يفسد ، ثم يتصدق ، أو ينفق على نفسه على ما ذكرنا .

وإنما يدفع إلى من يدعى اللقطة إذا أقام البينة . فإن^(١٢) ذكر

(١) كذا فى ب . وفى الأصل واو ح : « على عشرة » .

(٢) « على هذا الاعتبار » ليست فى ا . وفى ح : « على الاعتبار » .

(٣) « على نفسه ولكن » ليست فى ح . ووضعها بياض .

(٤) فى ح : « تصدق » .

(٥) فى ا و ب و ح : « وعد » .

(٦) فى ا و ح : « ينفق » .

(٧) فى ب : « تصدق » .

(٨) « بها » ليست فى ا و ب و ح .

(٩) فى ا و ح : « أخذه » .

(١٠) كذا فى ا و ب . وفى الأصل : « من الملتقط » . وفى ح : « كذا : » وإن شاء أو من الملتقط » .

(١١) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « إليها » .

(١٢) فى ا و ح : « وإن » .

علامات^(١) هي فيها^(٢) : فإن شاء الملتقط صدقه^(٣) ودفع إليه^(٤) ، وإن شاء امتنع حتى^(٥) يقيم البيئته .

وكذا الجواب في الدائم الضالة ، من الغنم والأبل وغيرهما^(٦) . فأما إذا لم تكن ضالة ، ولكنها نفرت^(٧) في المراعى ، فإنه لا يأخذها ، لأن ذلك أمر^(٨) معتاد ، إذا كان قريباً من البلدة^(٩) أو القرية أو الحيام^(١٠) . فأما إذا كان غالب^(١١) ظنه أنها ضالة ، فإنه يأخذها .

وأما العبد إذا لم يكن ضالاً للطريق ، ولكنه آبق^(١٢) ، من صاحبه - فالجواب ما ذكرنا . ولكن ههنا متى رده إلى المالك : إن كان من مسيرة سفر ، يستحق^(١٣) الجمل على^(١٤) صاحبه : أربعين درهماً عندنا ، وعند الشافعى : لا يجب شيء .

(١) في ح : « علامة » وكتب فوق آخرها « مات » أى « علامات » فيكون فيها : « علامة » و « علامات » .

(٢) كذا فى ا و ب و ح . وفي الأصل : « هى حتها » وقد تكون : « هى حقها » .

(٣) فى ا : « صدقها »

(٤) « ودفع إليه » ليست فى ا و ح .

(٥) فى ا كذا : « على » .

(٦) فى ا و ح : « وغيرها » . راجع فيما تقدم من ٦٠٣ .

(٧) فى ا و ب و ح : « تفرقت » .

(٨) فى ب : « لأنه أمر » .

(٩) التاء من ا و ح .

(١٠) فى ح : « والقرية والحيام » .

(١١) « غالب » ليست فى ب .

(١٢) فى ح كذا : « أبوا » . راجع فيما تقدم من ٦٠٣ .

(١٣) فى ا و ح : « يستحق عليه الجمل » . (١٤) « على » ليست فى ب .

وإن كان الرد في أقل من مدة^(١) السفر: يستحق الرضخ^(٢) بقدره^(٣).
ولو كان الراد اثنين ، فيكون الجعل بينهما .

وهذا إذا كانت^(٤) قيمته أكثر من أربعين درهما^(٥) .

فأما إذا كانت^(٦) أربعين ، أو دون ذلك^(٧) ، فإنه ينقص من الجعل درهم^(٨) عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا ينقص منه شيء^(٩) .

ولو كان الراد من كان في^(١٠) عياله ، لا يستحق الجعل . فأما من^(١١) لم يكن في عياله ، فإنه يستحق ، سواء كان أجنبياً أو ذارحم محرم^(١٢) منه ، إلا الوالدين والمولودين^(١٣) : ففيه اختلاف بين أبي يوسف ومحمد^(١٤) .

(١) في ب و ح : « الرد من غير مدة السفر » . وانظر الهامش التالي .

(٢) في الكذا : « الرد من أدنى مدة الرضخ » والرضخ الشيء القليل المعطى (المغرب) وفي ب : « الرضخ » .

(٣) أى بقدر عنائه وتعبه لأن الواجب بمقابلة العمل فيتقدر بقدره (السكاساني ، ٦ : ٢٠٥ : ٢٤ - ٢٥) .

(٤) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « كان » .

(٥) « درهما » ليست في ب . وانظر فيها بعد الهامش ٩ .

(٦) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « كان » . راجع الهامش السابق

(٧) في ا : « وأما إذا كانت قيمته أقل من ذلك » .

(٨) في ب : « درهما » . وانظر الهامش التالي .

(٩) في ب : « شيئاً » - احتج بما روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما أنه قال :

من كل رأس أربعين درهما - اعتبر الرأس دون القيمة . وجه قولها أن الواجب معلول بمعنى الصيانة عن الضياع لما ذكرنا ولا فائدة في هذه الصيانة لو اعتبرنا الرأس دون القيمة فلا بد أن ينقص من قيمته درهم ليكون الصون بالاختصاص مفيداً والحديث محمول على ما إذا كانت قيمة كل رأس أكثر من أربعين درهماً توفيقاً بين الدلائل بقدر الإمكان (السكاساني ، ٦ : ٢٠٥ : ٢٨ وما بعده) .

(١٠) « في » ليست في ح . وفي ا : « من » .

(١١) في ا و ح : « إذا » . (١٢) في ح : « المحرم » .

(١٣) والمولودين « ليست في ا . (١٤) زاد في ب : « والله أعلم بالصواب » .

كتاب الخنثى

قال (١) :

الخنثى من يكون^(٢) له آلة الرجال وآلة^(٣) النساء . والشخص الواحد لا يكون ذكراً وأنثى ، ولكنه يحتمل أن يكون ذكراً ، وآلة النساء^(٤) في حقه نقصان ، بمنزلة موضع شجرة^(٥) لم تلثم^(٦) ، ويحتمل أن يكون أنثى ، وآلة الرجال في حقه زيادة^(٧) ، بمنزلة الإصبع الزائدة . والشرع جعل العلامة الفاصلة بينهما^(٨) ، قبل البلوغ ، هو^(٩) المبال ، على ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « الخنثى يورث من حيث

(١) في ب : « قال الشيخ رحمه الله » . وفي ا و ح : « قال رحمه الله » .

ملاحظة : في السكاساني (٧ : ٣٢٩) : « وجدت في شرح مسائل المجرد المنسوب إلى الإمام اسماعيل بن عبد الله اليهقي رضي الله عنه الذي اختصر المبسوط والجامعين والزيادات في مجلدة واحدة وشرحه بكتاب لقيه « الشامل » باباً في الخنثى فأحببت أن ألحقه بهذا الفصل وهو ليس من أعمال الشيخ وهو « باب الخنثى » : قال ابن عباس رضي الله تعالى عنها ... الخ » .

(٢) « يكون » ليست في ا و ح .

(٣) « آلة » من ا و ح .

(٤) « والشخص الواحد ... وآلة النساء » ليست في ب .

(٥) في ب : « شحمه » .

(٦) كذا في ح و ب . وفي الأصل : « لم يلثم » . وفي ا كذا : « لم تلثم » .

(٧) في ب : « زيادة » .

(٨) « بينهما » ليست في ب .

(٩) « هو » ليست في ا و ح . وفي ب : « هي » .

يبول، - فلما^(١) جعل الأُمارة^(٢) هذا في حق الإِثْر، فكذا في حق^(٣) الأحكام التي تختص بالحنثي : يجب أن يكون هو^(٤) العلامة . فإن^(٥) كان يبول من مبال الرجال ، فهو ذكر . وإن كان يبول من مبال النساء ، فهو أنثى . وإن كان يبول منهما جميعا^(٦) ، فالحكم للأُسْبِق^(٧) منهما^(٨) . وإذا^(٩) استويا في السبق : قال أبو حنيفة : أتوقف فيه^(١٠) . وقالوا : يعتبر الأَكْثَر في ذلك ، ثم إذا^(١١) استويا^(١٢) في الكثرة والقلة ، توقفنا فيه أيضا^(١٣) كما توقف^(١٤) أبو حنيفة . والتوقف في موضع^(١٥) عدم الدليل ، واجب - وهو الحنثي المشكل . وإنما يظهر الحال ، ويَزُول الإِشْكال ، بالبلوغ : بظهور^(١٦) الحيض ،

(١) كذا في ا و ح . وفي الاصل و ب : « لا » .

(٢) في ا و ب و ح : « العلامة » .

(٣) « حق » من ا و ب و ح .

(٤) في ا و ب و ح : « هي » .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « وإن » .

(٦) « جميعا » من ا .

(٧) كذا في ا و ب . وفي الاصل و ح : « الأُسْبِق » .

(٨) في ا و ح : « منها » .

(٩) في ا و ح : « وإن » .

(١٠) في ب : « الوقف فيه » . وفي ا و ح : « أنه أتوقف فيه » .

(١١) في ب : « وإذا » .

(١٢) في ح كذا : « استويا » .

(١٣) « أيضا » من ا و ب و ح . وفي ا و ح : « يوقفا ... »

(١٤) في ا و ح : « كما قال بالتوقف » .

(١٥) « موضع » ليست في ا و ح .

(١٦) في ا : « و بظهور » .

والجبل ، ونهود الثديين ، ونبات اللحية ، والاحتلام ، ونحوها -
 فيجرى ^(١) عليه أحكام ^(٢) الذكر أو ^(٣) الأنثى.

فأما في مال كونه مسكوكاً فله أحكام مخصوصة - منها :

الختان ^(٤) - ينبغي ^(٥) أن يشتري له جارية ^(٦) ، ختانة ^(٧) ، من ماله إن
 كان له مال ^(٨) ، و ^(٩) من مال الأبوين ^(١٠) إن كان ، وإلا فالقاضي
 يشتري له ^(١١) من مال ^(١٢) بيت المال جارية ختانة ^(١٣) فتختنه ^(١٤) ؛
 فإن كان ذكراً فهي ^(١٥) جاريته ، وإن كان أنثى ، فلا أنثى قد ^(١٦)
 تختن ^(١٧) الأنثى عند الحاجة إليه ^(١٨).

(١) في ح : « فيجر » .

(٢) في ا : « الأحكام » .

(٣) الهمة من ا . ففي غيرها : « و »

(٤) في ب : « إن الختان » .

(٥) « ينبغي » من ا و ب و ح .

(٦) « جارية » ليست في ب .

(٧) في ا و ح : « ختانة » .

(٨) « إن كان له مال » من ا و ب و ح .

(٩) في ب و ا : « أو » .

(١٠) في ح : « أبويه » . وفي ا : « أو لأبويه مال إن كان » .

(١١) « له » من ا و ح .

(١٢) « مال » من ب .

(١٣) « جارية ختانة » من ا . وفي ب و ح : « جارية » فقط .

(١٤) كذا في ا و ح . وفي ب : « تختنه » . وفي الأصل : « فتختنته » .

(١٥) كذا في ب و ا . وفي الأصل و ح : « فهو » .

(١٦) « قد » ليست في ا و ح .

(١٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « تختن » .

(١٨) راجع السكاساني ، ٧ : ٣٢٨ ، ٩

ولا يلبس الحرير احتياطاً^(١).

وموقفه في^(٢) الصلاة خلف صف الذكور ، قبل صف النساء^(٣) .

وكذا في ترتيب الجنائز عند الاجتماع : تقدم جنازته على جنازة الإناث^(٤) .

وتفصله زوجته^(٥) إن كانت ، وإلا فلا يغسل ، ولكن ييمم^(٦) :

إن^(٧) كان له ذو رحم محرم ييممه^(٨) بلا خرقة ، وإن كان أجنبياً^(٩) فمع^(١٠) الخرقة .

. . .

وأما حكم الميراث - فعند أصحابنا : يكون له^(١١) أقل الأنثاء ، وهو

نصيب الأنثى إن كان^(١٢) أقل . وإن كان أكثر في بعض الأحوال : يكون له نصيب الذكور^(١٣) .

(١) قدمنا (ص ٥٨٣) أن لبس الحرير مباح للنساء خرام في حق الرجال .

(٢) في اوب و ح : « للصلاة » .

(٣) كذا في اوب و ح . وفي الأصل : « الرجال » .

(٤) في ب : « الأنثى » . وراجع ص ٢٤٧ من الجزء الأول .

(٥) « زوجته » ليست في ا و ح .

(٦) في ح : « ييمم » . وفي ا : « ييمم » . وفي الأصل و ب : « يؤمم » . وانظر ما في المتن .

وراجع ص ٣٨٢ من الجزء الأول .

(٧) في ا : « وإن » .

(٨) في ب و ح و ا : « يؤمم » . راجع الهامش قبل السابق .

(٩) في ب : « أجنبي » .

(١٠) في ح : « مع » . راجع ص ٣٨٠ - ٣٨١ من الجزء الأول .

(١١) « له » ليست في ا و ح .

(١٢) « كان » ليست في ح .

(١٣) في ا : « الذكر » .

وعلى قول الشعبي^(١) : يكون له نصف ميراث الرجال ، ونصف ميراث النساء .

بيانه :

— إذا ترك ابناً معروفاً^(٢) وخنثى^(٣) : للابن الثلثان ، وللخنثى الثلث ، لأنه أقل .

— وإذا ترك خنثى و^(٤) عصبه : فللخنثى النصف ، وهو ميراث البنت ، والباقي للعصبه .

— ولو ترك أختاً لأب وأم ، وخنثى < لأب >^(٥) ، وعصبه - يجعل^(٦) أنثى ، كأنه ترك : أختاً لأب وأم ، وأختاً لأب ، وعصبه : فللاخت للأب والأم^(٧) النصف ، وللخنثى^(٨) السدس . والباقي للعصبه^(٩) .

(١) هو أبو عمرو عامر بن شراحيل - كوفي تابعي جليل القدر وافر العلم . كانت أمه من سبي جندولاء وهي قرية نضاحية فارس كانت بها الوقعة المشهورة زمن الصغابة . ولد بالكوفة سنة ٢١ هـ . (أو ١٧ أو ١٩ أو ٢٠ أو ٣١ هـ) وتوفي بالكوفة سنة ١٠٤ هـ . (أو ١٠٣ أو ١٠٥ أو ١٠٦ أو ١٠٧ هـ) . والشعبى نسبة إلى شعب وهو بطن من تميم كان وقيل نسبة إلى جبل باليمن (ابن خلدكان ، وفيات الأعيان . مطبعة النهضة المصرية سنة ١٩٤٨ - ٢ رقم ٢٩٤ ص ٢٢٧ و١٠ بعدها) . وهو من أشياخ أبي حنيفة (ابن عابدين ، رد المحتار ، ٥ : ٥٠٧)

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « مرفأ » .

(٣) في ب : « وولد خنثى » .

(٤) في ب : « أو » .

(٥) في ب كذا : « وخنثى الأب وعصبته » . وقد تكررت هذه المسألة فيها (كما سنشير فيما بعد في الهامش ٩) . وفي المكرر قال : « وخنثى لأب » .

(٦) في ح : « فجعل » .

(٧) كذا في ب . وفي الأصل : « فلاخت للأب والأم » . وفي ا و ح : « فلاخت لأب وأم » .

(٨) في ب و ح : « والخنثى » .

(٩) « ولو ترك أختاً لأب . . والباقي للعصبه » كررت في ب . راجع فيها بقدر الهامش هـ

ولا يلبس الحرير احتياطاً^(١).

وموقفه في^(٢) الصلاة خلف صف الذكور ، قبل صف النساء^(٣) .

وكذا في ترتيب الجنائز عند الاجتماع : تقدم جنازته على جنازة الإناث^(٤) .

وتغسله زوجته^(٥) إن كانت ، وإلا فلا يغسل ، ولكن ييمم^(٦) :

إن^(٧) كان له ذو رحم محرم ييممه^(٨) بلا خرقة ، وإن كان أجنبياً^(٩) فمع^(١٠) الخرقة .

. . .

وأما حكم الميراث - فعمد أصحابنا : يكون له^(١١) أقل الأنثاء ، وهو

نصيب الأنثى إن كان^(١٢) أقل . وإن كان أكثر في بعض الأحوال : يكون له نصيب الذكور^(١٣) .

(١) قدمنا (ص ٥٨٣) أن لبس الحرير مباح للنساء خرام في حق الرجال .

(٢) في اوب و ح : « للصلاة » .

(٣) كذا في اوب و ح . وفي الأصل : « الرجال » .

(٤) في ب : « الأنثى » . وراجع ص ٢٤٧ من الجزء الأول .

(٥) « زوجته » ليست في ا و ح .

(٦) في ح : « ييمم » . وفي ا : « ييمم » . وفي الأصل و ب : « يؤمم » . وانظر ما في المتن .

وراجع ص ٣٨٢ من الجزء الأول .

(٧) في ا : « وإن » .

(٨) في ب و ح و ا : « يؤمم » . راجع الهامش قبل السابق .

(٩) في ب : « أجنبي » .

(١٠) في ح : « مع » . راجع ص ٣٨٠ - ٣٨١ من الجزء الأول .

(١١) « له » ليست في ا و ح .

(١٢) « كان » ليست في ح .

(١٣) في ا : « الذكر » .

وعلى قول الشَّعْبِي (١) : يكون له نصف ميراث الرجال ، ونصف ميراث النساء .

بيانه :

— إذا ترك ابناً معروفاً (٢) وخنثى (٣) : للابن الثلثان ، وللخنثى الثلث ،
لأنه أقل .

— وإذا ترك خنثى (٤) عصبه : فللخنثى النصف ، وهو ميراث البنت ،
والباقي للعصبه .

— ولو ترك أختاً لأب وأم ، وخنثى < لأب > (٥) ، وعصبه — يجعل (٦)
أنتى ، كأنه ترك : أختاً لأب وأم ، وأختاً لأب ، وعصبه : فللاخت
للأب والأُم (٧) النصف ، وللخنثى (٨) السدس ، والباقي للعصبه (٩) .

(١) هو أبو عمرو عامر بن شَرَّاحِيل - كوفي تميمي جليل القدر وافر العلم . كانت أمه من
سبي جندولاء . وهي قرية بناحية فارس كانت بها الوقمة المشهورة زمن الصحابة . ولد بالكوفة سنة
٢١ هـ . (أز ١٧ أو ١٩ أو ٢٠ أو ٣١ هـ) وتوفي بالكوفة سنة ١٠٤ هـ . (أز ١٠٣ أو
١٠٥ أو ١٠٦ أو ١٠٧ هـ) . والشَّعْبِي نسبة إلى شَعْب وهو بطن من تَهْمَدَانَ وقيل نسبة إلى
جبل باليمن (ابن خلدكان ، وفيات الأعيان . مطبعة النهضة المصرية سنة ١٩٤٨ ح ٢ رقم ٢٩٤
ص ٢٢٧ وما بعدها) . وهو من أشياخ أبي حنيفة (ابن عابدين ، رد المحتار ، ٥ : ٥٠٧)

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « معروفاً » .
(٣) في ب : « وولد خنثى » .
(٤) في ب : « أو » .
(٥) في ب كذا : « وخنثى الأب وعصبته » . وقد تكررت هذه المسألة فيها (كما سنشير
فيما بعد في الهامش ٩) . وفي المكرر قال : « وخنثى لأب » .
(٦) في ح : « فجعل » .
(٧) كذا في ب . وفي الأصل : « فلاخت للأب والأُم » . وفي ا و ح : « فلاخت لأب وأم » .
(٨) في ب و ح : « والخنثى » .
(٩) « ولو ترك أختاً لأب » . والباقي للعصبه « كررت في ب . راجع فيما تقدم الهامش هـ

— وإن تركت^(١) زوجاً، وأختاً لأب وأم، وخنثى لأب^(٢) : فللزوجة^(٣) النصف، وللأخت لأب وأم النصف، ولا شيء للخنثى، ويجعل ذكرها، لأن هذا أسوأ حاله، لأننا لو جعلناه أنثى يكون نصيبه السدس، وتعمل المسألة، ولو جعلناه^(٤) ذكراً لا يرث^(٥) شيئاً^(٦) — كما إذا^(٧) تركت زوجاً، وأختاً لأب وأم، وأختاً لأب^(٨) على هذا القياس .
وبيان قول الشعبي، وتفسير قول^(٩) أبي يوسف، وتخریجه له، وتخریج محمد، على وجه آخر، يذكر في الفرائض إن شاء الله تعالى^(١٠) —
ونشير إليه ههنا^(١١) :

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « ترك » .

(٢) « لأب » من ب . انظر الهامش التالي

(٣) في ح كذا : « وأخت لأب وأم فالزوج » .

(٤) في ح : « جعلناه » .

(٥) في ب : « لا يرث » .

(٦) « شيئاً » من ا و ح .

(٧) في ب : « لو » .

(٨) كذا في ح . وفي الأصل : « وأخت لأب » . وفي ب :

« كما لو تركت زوجاً وأختاً لأب — على هذا القياس » .

ويمكن حل ماورد في ح وأثبتناه في المتن أنه تشبيه لحالة افتراض الخنثى ذكرراً إذا الأخ لأب لا يرث لأنه عصبية ويكون للزوج النصف والأخت الشقيقة النصف . وأما ماورد في الأصل فهو تمثيل لحالة افتراض الخنثى أنثى إذا لو تركت زوجاً وأختاً شقيقة وأختاً لأب (أو أختاً لأب) فإن الزوج يأخذ النصف والأخت الشقيقة تأخذ النصف والأخت لأب (أو الأخت لأب) تأخذ السدس وتعمل المسألة .

(٩) « قول » من ا و ب و ح .

(١٠) لم يتكلم في التحفة على الفرائض وكذا السكاساني في البدائع . وعبارة « يذكر ... » ليست

في السكاساني (٧ : ٣٢٨ - ٣٢٩) .

(١١) « وتخریج محمد ... ههنا » ليست في ا و ح . وفيها بدلا منها : « والتخریج : إذا ترك » .

إذا ترك ابنا وخنثى : < ف > على تخريج أبي يوسف : يجعل المال بينهما على سبعة أسهم : للابن المعروف أربعة ، وله ثلاثة ^(١) .

وعلى تخريج محمد : الميراث بينهما ^(٢) على اثني عشر سهماً ، بطريق تنزيل ^(٣) الأحوال ^(٤) ، فيكون للابن المعروف سبعة ، وللخنثى خمسة ^(٥) .
والله تعالى أعلم بالصواب ^(٦) .

(١) قال الكاساني في البدائع (٧ : ٣٢٩) : « وجه قول أبي يوسف وتخريجه لقول الشعبي أنه يحتمل أن يكون ذكراً ، ويحتمل أن يكون أنثى . فإن كان ذكراً فله نصيب ابن ، وهو سهم ، والابن المعروف سهم . وإن كان أنثى فله نصيب بنت وهو نصف سهم والابن المعروف سهم - فله في حال سهم تام وفي حال نصف سهم ، وإنما يستحق على حالة واحدة ، وليست إحداها بأولى من الأخرى ، فيعطى نصف ما يستحقه في حالين ، وذلك ثلاثة أرباع سهم ، والابن المعروف سهم تام ، فيكون الميراث بينهما على سبعة أسهم : للابن المعروف أربعة ، وللخنثى ثلاثة »
(٢) في ب : « بينهما » .

(٣) في ا و ح : « تبديل » .

(٤) في ح كذا : « الأحوال » .

(٥) « وجه تفسير محمد وتخريجه لقول الشعبي أن للخنثى في حال سهمها وهو أن يكون ذكراً والابن المعروف سهم وله في حال ثلثا سهم وهو أن يكون أنثى ، والابن المعروف سهم وثلث سهم ، فيعطى نصف ما يستحقه في حالين ، لأنه لا يستحق على حالة واحدة من الذكر والأنثى ، لاستحالة أن يكون الشخص الواحد ذكراً وأنثى ، وليست لأحدى الحالتين أولى من الأخرى ، فيعطى نصف ما يستحقه في الحالين وهو خمسة أسداس سهم وانكسر الحساب بالأسداس فيصير كل سهم ستة ، فيصير جميع المال اثني عشر سهماً : للخنثى منها خمسة والابن المعروف سبعة . أو يقال إذا جعلنا جميع المال اثني عشر سهماً فالخنثى يستحق في حال ستة من اثني عشر وهي أن يكون ذكراً ، وفي حال أربعة من اثني عشر وهي أن يكون أنثى فالأربعة ثابتة بيقين وسهمان يثبتان في حال ولا يثبتان في حال وليست لأحدى الحالتين أولى من الأخرى فينصف وذلك سهم فذلك خمسة أسهم للخنثى وأما الابن المعروف فالسبعة من الاثني عشر ثابتة بيقين وسهمان يثبتان في حال ولا يثبتان في حال فينصف وذلك سهم فذلك سبعة أسهم للابن المعروف » الكاساني ، ٧ : ٣٢٩ .

(٦) « والله تعالى أعلم بالصواب » ليست في ا و ح . وانظر الكاساني ، ٧ : ٣٢٩ .
وراجع الهامش ١ ص ٦١٥ .

كتاب الشهادات

يحتاج^(١) إلى ثلاثة فصول :
إلى بيان^(٢) تحمل الشهادة ،
وإلى بيان^(٣) حضور الشهود عند النكاح ،
وإلى بيان^(٤) جواز أداء^(٥) الشهادة عند القاضي .

أما الأول - فنقول :

تحمل الشهادة^(٦) إنما يجوز عن^(٧) المعاينة ، أو عن سماع الإقرار
وإنشاء القول ، من النكاح ، و^(٨) الطلاق ، والبيع ، ونحوها^(٩) ،
من الخصم .

فأما التسامع من الناس فلا عبرة به^(١٠) ، إلا في مواضع مخصوصة :

(١) في ب : « قال الشيخ الإمام رحمه الله تعالى : يحتاج » . وفي ا و ح : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) و (٣) و (٤) في ب : « في بيان ... وبيان ... وبيان » .

(٥) « أداء » ليست في ا و ب و ح

(٦) « تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها » الكاساني (٦ : ٢٦٦ : ٩) .

(٧) في ا و ب و ح : « عند » .

(٨) في ا و ح : « في النكاح وفي » .

(٩) في ا و ح : « ونحوها » .

(١٠) في ب : « ولا » . وفي ح كذا : « لا غيره به » .

في النكاح ، والنسب ، والموت ، وفي الولاء اختلاف : عند أبي حنيفة ومحمد : لا يقبل ، وعند أبي يوسف : يقبل .

وإنما يصح التحمل ^(١) ممن له عقل وتميز ^(٢) ، ليفهم كلام الخصمين ، أو يعلم ما يفعله ^(٣) ، سواء كان حراً أو عبداً ، أو فاسقاً أو كافراً ^(٤) ، أو صغيراً عاقلاً أو بالغا ^(٥) ، حتى إذا زالت ^(٦) هذه المعاني وحدثت ^(٧) ضدها تقبل شهادته .

وكذا العبد إذا تحمل الشهادة لمولاه ، أو ^(٨) المرأة لزوجها - تقبل بعد العتق ، والبيئونة . لكن لو شهد لمولاه وردت ^(٩) شهادته ، أو شهدت المرأة لزوجها وردت ^(١٠) ، ثم شهدا ^(١١) بعد العتق والبيئونة ، في تلك الحادثة : لا تقبل - بخلاف الكافر إذا شهد على مسلم في حادثة ،

(١) في ب كذا : « العمل » . راجع الهامش ٦ من الصفحة السابقة .

(٢) في ح : « وتميز » .

(٣) في ا و ح : « ما يفعله » .

(٤) « أو كافراً » وردت في ب بعد : « أو صغيراً عاقلاً » .

(٥) « أو بالغاً » من ا و ح .

(٦) كذا في ب . وفي ا و ح والأصل : « زال » .

(٧) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « وتحدث » . وفي الكسائي (٦ : ٢٦٦ :

١٤) : « .. وأما الباطل والحرية والإسلام والمدالة فليست من شرائط التحمل بل من شرائط الأداء حتى لو كان وقت التحمل صبيحاً عاقلاً أو عبداً أو كافراً أو فاسقاً ثم بالغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضي - تقبل شهادتهم » .

(٨) في ب : « و » .

(٩) كذا في ا و ح . وفي ب : « فردت » . وفي الأصل : « ورد » .

(١٠) في ب : « فردت » .

(١١) في ا و ب و ح : « شهد » .

فردت ^(١) شهادته ، ثم أعاد تلك الشهادة بعد الإسلام : تقبل ^(٢) -
والفرق المذكور في الخلافات ^(٣) .

وأما حضور الشهود عند عقد ^(٤) النكاح

فقد بينا ذلك في كتاب النكاح ، فلا ^(٥) نعيده ^(٦) .

وأما جواز الشهادة عند الفاضى - فنقول :

شهادة رجلين عدلين مقبولة في جميع الأحكام ، في أسباب
العقوبات ، وغيرها ، إلا في الزنا : فإنه لا تقبل إلا شهادة أربعة < رجال عدول .

وشهادة رجل ^(٧) وامرأتين مقبولة ، في جميع الأحكام ، عندنا ^(٨) ،
إلا في الحدود والقصاص . وعند الشافعى : لا تقبل إلا في ^(٩) الأموال
وتوابعها .

وكذا حكم الشهادة على الشهادة : مثل حكم شهادة رجلين أو ^(١٠) رجل
وامرأتين .

(١) في ا و ح : « وردت » .

(٢) « تقبل » ليست في ا و ح .

(٣) ف ب : « في المختلف » .

(٤) « عقد » ليست في ا و ح .

(٥) في ح : « ولا » .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « نعيد » . راجع في الجزء الثاني ص ١٩٥

(٧) ف ب : « رجلين » .

(٨) « عندنا » ليست في ا و ح .

(٩) « إلا في » ليست في ا .

(١٠) « رجلين أو » من ا .

وتجوز شهادة الأقارب ، مثل شهادة الأُجانب^(١) ، إلا شهادة
الوالدين والمولودين ، وشهادة أحد الزوجين لصاحبه . وعند الشافعى :
تقبل شهادة الأزواج^(٢) .

ولا تجوز^(٣) شهادة المحدود فى القذف إذا تاب ، عندنا - خلافاً
للشافعى^(٤) .

ولا تجوز شهادة الأعمى ، وإن كان بصيراً عند التحمل^(٥) ، عند أبى حنيفة .
وقال أبو يوسف : تقبل إذا كان بصيراً عند^(٦) التحمل .

ولا تجوز شهادة العبد ، والأخرس ، والصبي العاقل ، والمعتوه^(٧) ،
ولا شهادة الأجير له فى تجارتها التى استأجره^(٨) فيها ، ولا شهادة أحد
الشركيين فى مال^(٩) الشركة والتصرف فيها ، وتقبل فيما سوى ذلك^(١٠) .

(١) فى ا و ح : « مثل شهادة العم والأخ » .

(٢) فى ب : « تقبل الأزواج » اهـ . وانظر فيما بعد ص ٦٣٩

(٣) فى ا و ب و ح : « ولا تقبل » .

(٤) زاد هنا فى ب كذا : « وتجوز شهادة المدز ، خلافاً له » .

(٥) قدمنا فى الهامش ٦ ص ٦٢٢ أن « تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها »

الكسانى ، ٦ : ٢٦٦ : ٩ .

(٦) فى ب : « وقت » . راجع الهامش السابق .

(٧) فى ا : « والمعتق » - والظاهر أنه تحريف من الناسخ فإن المعتق تقبل شهادته (الكسانى ، ٦

٢٦٦ : ٢٠ - ٢١) والخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فى هل تقبل شهادة معتق البهض أم لا ؟

عنده لا تقبل وعندما تقبل (الكسانى ، ٦ : ٢٦٨ : ٤) .

(٨) فى ب : « استأجر » .

(٩) « مال » ليست فى ب

(١٠) فى ا و ح : « فى سواء » .

وأما شهادة الفاسق - < ف > إن تحرى^(١) القاضى الصدق فى شهادته :
تقبل ، وإلا فلا . وعند الشافعى : لا تقبل أصلا . ولا تقبل فى العقوبات^(٢) .
ولو طعن المشهود عليه فى الشاهد^(٣) : أنه رقيق أو فاسق - لم تمض^(٤)
الشهادة ، ما لم يقم اليقنة على الحرية إن^(٥) كان مجهول النسب .
وكذا ما لم يسئل^(٦) عن عدائهم ، فى السر والعلانية .
ولا يجوز القضاء بظاهر المدالة^(٧) ، بالاتفاق^(٨) . وقبل^(٩) الطمن : يجوز
عند أبى حنيفة ، خلافا لهما .

ولو^(١٠) اختلف الشاهدان فى الوقت ، والمكان ، والعبارة ، مع
استواء العبارتين فى المعنى : < ف > إن^(١١) كان ذلك فى الإقرار : تقبل
شهادتهما ، ولا يوجب اختلاف الشهادة . وإن كان فى الفعل ، من^(١٢)
الغضب ، والقتل^(١٣) ، والقطع ، وإنشاء البيع ، والطلاق ، ونحوها^(١٤) :

(١) فى ح و اكذا : « تجر » .

(٢) راجع فيما تقدم ص ٢١٧ و ٢٢٨ .

(٣) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « فى الشهادة » . راجع الصفحة السابقة .

(٤) فى ا و ح : « لم يضمن » .

(٥) فى ا و ب و ح : « إذا » .

(٦) فى ا و ب و ح كذا : « ما لم يسئل » .

(٧) « القضاء بظاهر المدالة » ليست فى ب .

(٨) « بالاتفاق » ليست فى ا .

(٩) فى ح : « وقبل » .

(١٠) فى ح : « وإن » . وفى ا : « وإذا » .

(١١) فى ح : « إذا » .

(١٢) كذا فى ا . وفى الاصل : « فى » .

(١٣) « ولا يوجب اختلاف الشهادة » . والقتل « ليست فى ح .

(١٤) « ونحوها » ليست فى ا و ح .

فإنه يوجب^(١) اختلاف الشهادة، فالم يوجب على كل واحد شاهدان^(٢) : لا يقبل .
 وإذا^(٣) اختلف الشاهدان في جنس المشهود به : لا يقبل^(٤) .
 ولو اختلفا في المقدار ، وأحدهما يدخل في الآخر^(٥) : والمدعى
 يدعى إلا^(٦) أكثر ، كما إذا شهد أحدهما على ألف والآخر على ألفين : لا
 تقبل عند أبي حنيفة ، وعندهما : تقبل على الأقل^(٦) .

وكذا إذا شهد أحدهما على طلقة ، والآخر على طلقتين أو ثلاث - لا
 يقبل عند أبي حنيفة^(٧) ، وعندهما : يقبل على^(٨) الأقل^(٩) .

وأجمعوا أنه إذا شهد أحدهما على ألف ، والآخر على ألف وخمسة^(١٠) ،
 والمدعى يدعى^(١١) إلا^(١٢) أكثر : يقبل على ألف ، وقد ذكرنا في الطلاق^(١٣) .
 وأكثر مسائل الشهادة ذكرنا^(١٤) في الكتب السابقة^(١٥) ، فلا نعيدها^(١٥) .

(١) « اختلاف الشهادة ... ونحوها ، فإنه يوجب » ليست في ب .

(٢) « على كل واحد شاهدان » ليست في ح .

(٣) في اوب و ح : « ولو » .

(٤) في ا و ح : « لا تقبل » .

(٥) كذا في اوب و ح . وفي الأصل : « في الأخرى » .

(٦) في ا : « على الألف » .

(٧) كذا في ا و ح . وفي الأصل : « عنده » .

(٨) « على » من ا و ح .

(٩) « وكذا إذا شهد أحدهما ... الأقل » ليست في ب .

(١٠) في ب كذا : « ألف ولا جناية » .

كتاب

(١) الرجوع عن الشهادات

الرجوع^(٢) عن الشهادة لا يصح^(٣) بعد قضاء القاضي، و^(٤) يصح قبله^(٥)، لأنه إخبار يحتمل الغلط . وإنما يصير^(٦) حجة^(٧) ، ضرورة صحة القضاء ، فما لم يتصل به قضاء القاضي^(٧) ، يصح الرجوع . ولا يلزم الشهود بذلك شيء^(٨) ، لأنه لم يثبت به الحكم .

وبعد الحكم لا يصح الرجوع^(٩) في^(١٠) حق الخصم ، ولكن يصير متلفاً في حق المشهود عليه ، فيلزمه^(١١) ضمانه ، إلا إذا حصل^(١٢) العوض ،

(١) في ب : « الشهادة » .

(٢) في ا و ح : « قال رحمه الله : الرجوع » .

(٣) « لا يصح » ساقطة في ح و ا .

(٤) « و » ليست في ا . وفي ب : « ولكن » .

(٥) في ا و ح : « قوله » .

(٦) في ا و ح : « يصح » .

(٧) في ب : « القضاء » .

(٨) « شيء » ليست في ا .

(٩) في ا و ح و ب : « وبعد الرجوع لا يصح في حق » . رانظر المايش التالي .

(١٠) « في » ليست في ا و ح .

(١١) في ا و ح : « فيلزم » .

(١٢) في ا و ح : « أدى » .

المشهود عليه : < فبذلك لا يضمن ^(١) ، لأنه يكون ^(٢) ، إتلافا
بمعرض ، فلا يكون إتلافا معنى . والعبرة ^(٣) في الرجوع بقاء من بقى ^(٤)
من الشهود ، لا رجوع من رجوع ، ويبقى الحق بقدر بقاء الشهود ، ويتلف
بقدر ما رجع .

إذا ثبت هذا الأصل ، تخرج عليه ^(٥) المسائل .

— إذا شهد شاهدان على رجل بمال ^(٦) . وقضى القاضى بذلك ،
وسلم المال إلى المدعى ، ثم رجع أحدهما : غرم نصف المال ، لأنه بقى
النصف ببقاء شاهد واحد . ولو رجعا جميعا : غرما ^(٧) المال ، بينهما ، نصفين .
— ولو كانوا أربعة ، فرجع اثنان أو واحد منهم ^(٨) : فلا ^(٩) شيء عليه ،
لبقاء المال ببقاء الشاهدين . ولو رجع ثلاثة : يلزمهم نصف المال لبقاء
النصف ، ببقاء شاهد واحد .

(١) في ا و ح : « لى المشهود عليه فلا يضمن » .

(٢) في ا و ب : « لا يكون » .

(٣) في ا و ب و ح : « ولكن العبرة » .

(٤) في ح و ب : « نقي » . وفي الكاساني (٦ : ٢٨٧ : ١٧) : « وأما بيان
مقدار الواجب من الضمان فالأصل أن مقدار الواجب منه على قدر الإلتاف لأن سبب الوجوب
هو الإلتاف ، والحكم يتقدر بقدر الملة ، والعبرة فيه بقاء من بقى من الشهود بعد رجوع من رجع
منهم : فإن بقى منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان على أحد لانعدام الإلتاف أصلا
من أحد ، وإن بقى منهم من يحفظ بعض الحق وجب على الراجمين ضمان قدر التالف بالخصم » .
(٥) « عليه » من ب . وانظر الهامش التالي

(٦) كذا في ب : وفي الأصل : « على مال على رجل » وعبارة « الأصل » . رجل « ليست في ا و ح .

(٧) في ح : « غرم » .

(٨) « منهم » ليست في ح .

(٩) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لا » .

— ولو شهد رجل وامرأتان^(١) ، على مال^(٢) ، فرجعت امرأة^(٣) :
غرمت ربع المال . ولو رجعتا غرمتا^(٤) نصف المال ، لبقاء النصف ببقاء
رجل^(٥) ، لأن المرأتين بمنزلة رجل واحد^(٦) .

— ولو شهد رجل واحد^(٧) وعشرين نسوة ، على رجل ، بمال ، ثم رجعوا
جميعا بعد الحكم : فمال أبو حنيفة^(٨) : على الرجل سدس المال ، وعلى
النساء خمسة أسداسه^(٩) ، لأن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد . وعند
أبي يوسف ومحمد : على الرجل النصف ، وعلى النساء النصف . لأن
النساء^(١٠) ، وإن كثرن ، لهن^(١١) شطر^(١٢) الشهادة .

— ولو شهدا على رجل : أنه باع^(١٣) عبده من فلان بألف^(١٤) ،

(١) في ح : « وامرأتين » .

(٢) « على مال » ليست في ا و ح .

(٣) في ب : « المرأة » .

(٤) في ب « غرما » .

(٥) في ا و ح : « الرجل » .

(٦) « واحد » من ا و ح .

(٧) « واحد » من ا و ح .

(٨) في ا و ب و ح : « فعلى قول أبي حنيفة » .

(٩) في ا و ح : « أسداس » .

(١٠) « النساء » ليست في ح . وفي ا : « لاثنتين » .

(١١) كذا في ب . وفي الأصل : « فهن » . وليست في ا و ح .

(١٢) في اكذا : « تنتظر » - والصحيح ما في المتن .

(١٣) في ا : « أعتق » . وفي ح : « باع من » .

(١٤) « بألف » ليست في ح .

وقبض الثمن ، ثم رجما^(١) : لم يضمننا ، لأن^(٢) هذا إيتلاف بموض^(٣) .

— وكذا لو شهدا على رجل : أنه تزوج امرأة بألف درهم ، وهو مهر مثلها ، وقضى القاضى بالنكاح ، ثم رجما : لم يضمننا ، لأنهما أثبتا له^(٤) البضع بمقابلة المال .

— ولو شهدا^(٥) على رجل أنه^(٦) طلق امرأته ثلاثا ، وقد دخل بها ، وقضى^(٧) القاضى ، ثم رجما : لم يضمننا ، إلا ما زاد على مهر المثل ، لأنه^(٨) ، بقدر مهر المثل^(٩) . إيتلاف بموض ، وهو^(١٠) استيفاء منافع البضع . ولو كان قبل^(١١) الدخول : < ف > إن كان المهر مسمى^(١٢) ، ضمنا النصف ، وإن لم يكن المهر مسمى يضمنان^(١٣) المتعة^(١٤) . لأن ذلك

(١) « ثم رجما » ليست فى ح و ا .

(٢) فى ح كذا : « لم يضمننا إنما كان المدعى لأن ... » . وفى ا : « لم يضمننا إنما كان المدعى أن » .

(٣) « بموض » ليست فى ا و ح . راجع فيما تقدم من ٦٢٩ .

(٤) « له » من ا و ب و ح .

(٥) فى ب : « أشهدا » .

(٦) « أنه » ليست فى ح .

(٧) فى ب : « ثم قضى » .

(٨) الهاء من ا و ح . وفى الأصل و ب : « لأن » . وفى ا و ح : « منها لأنه » .

(٩) فى ب : « المهر » فقط .

(١٠) فى ب : « وهذا » .

(١١) فى ب : « وإن كان قبل » . وفى ا : « ولو شهدا قبل ... » . وفى ح : « ولو قبل ... » .

(١٢) فى ب : « المهر المسمى » . وفى ا : « المهر مسمى » .

(١٣) فى ا : « ضمنا » . وفى ح و ب : « يضمننا » .

(١٤) فى ح و ب : « المتعة » . وراجع فى الجزء الثانى من ٢٠٩ - ٢١٠ .

تلف بشهادتهما ، ولم يحصل له ^(١) بمقابلته عوض .

— وكذلك لو ^(٢) شهدا ^(٣) على رجل ، بإجارة داره ^(٤) سنة ، ثم رجعا بعد استيفاء السكنى : فإنهما يفرمان ^(٥) للمستأجر ما زاد على أجر ^(٦) المثل ، لأنه ^(٧) ، بقدر أجر المثل ، حصل العوض ، والباقي بغير عوض ، فيكون إتلافاً .

— كذا لو شهدا ^(٨) على رجل : أنه أعتق عبده بألف درهم ^(٩) وسلم إليه أولاً ، ثم رجعا : لم يضمننا ، لأن هذا إتلاف بعوض .
— ولو شهدا ^(١٠) أنه أعتق ^(١١) بغير مال ، ثم رجعا : يضمنان ^(١٢) ، للإتلاف ^(١٣) بغير عوض .

— ولو شهدا على أنه ^(١٤) قال لعبده : « إن دخلت هذه الدار فأتت

(١) « له » ليت في ا و ح .

(٢) في ب : « إذا » .

(٣) في ح : « شهد » .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « دار » .

(٥) في ب : « يفرما » .

(٦) في ا : « أجرة » . وفي ح : « الأجرة المثل » .

(٧) الهاء من ا و ح ففيهما : « لأنه » . وفي الأصل و ب : « لأن » .

(٨) في ح : « شهد » .

(٩) « درهم » من ب .

(١٠) زاد في ا و ح : « على رجل » . وفي ب : « عليه » .

(١١) زاد في ا : « عبده » . وفي ح : « عبده » .

(١٢) في ب : « يضمننا » .

(١٣) في ب و ح : « الإتلاف » .

(١٤) في ب : « وكذا لو شهدا على رجل أنه » .

حر ، ، وقد دخل ، وقضى القاضى بالعتق ، ثم رجعا : ضمنا ، لأن هذه شهادة على الإعتاق ، وهو إتلاف بغير عوض ، فيضمنان (١) .

— ولو شهدا (٢) أنه حلف بعتق عبده بدخول الدار، وشهد آخران على الدخول ، وقضى القاضى بالعتق ، ثم رجعوا : فإن الضمان يجب على (٣) شهود اليمين، لا على شهود الدخول (٤) ، لأن الدخول شرط (٥) ، وكلام اليمين صار إعتاقا ، والتلف يضاف إلى العلة ، دون الشرط ، ويكون (٦) ، المتلف هو شاهد اليمين .

— واو شهدا على رجل بسرقة عشرة دراهم ، وقضى القاضى ، عند خصومة المالك ، وقطعت (٧) يده ، ثم رجعا : يغرمان دية اليد .

— وكذلك لو شهدا على رجل بقتل (٨) الخطأ ، أو بجرحة خطأ ، ثم رجعا .

— واو شهدا على القتل (٩) العمد ، وقضى القاضى ، واقتص ، ثم رجعا :

لا يجب القصاص على الشهود عندنا . وعند الشافعى : يجب ، ولكن عندنا

(١) « فيضمنان » من ا و ب و ح .

(٢) في ا و ب و ح : « واو شهد شاهدان » .

(٣) في ا : « فالضمان على » .

(٤) « لا على شهود الدخول » من ا و ب و ح .

(٥) « لأن الدخول شرط » ليست في ح . وفي ب : « بشرط » . وفي : « لأن الدخول

في كلام » .

(٦) في ا و ب و ح : « فيكون » .

(٧) في ب : « وقطع » .

(٨) في ا و ح : « على قتل . . » .

(٩) في ح : « ولو شهد على قتل . . » وفي ا : « واو شهدا على قتل . . » .

يجب المال ، لأنه لا^(١) يمكن إيجاب القصاص بالتسيب^(٢) ، ويمكن إيجاب المال ، كما في حفر البئر

— ولو شهد أربعة ، على رجل ، بالزنا ، وشهد آخرون على الإحصان^(٣) ، ثم رجعوا بعد إقامة الرجم : لا يجب على شهود الإحصان شيء^(٤) ، وتجب الدية على شهود الزنا ، لأن الزنا^(٥) علة ، والإحصان شرط .

ولو رجع أحد الشهود ، بالزنا ، بعد الرجم : فإنه يحسد حد القذف ، لأن شهادته صارت^(٦) قذفا ، بإقراره ، ويغرم^(٧) ربع الدية ، لبقاء ثلاثة أرباع^(٨) بثلاثة^(٩) شهود . وإن^(١٠) رجع آخر < ف > كذلك .

ولو أنه إذا رجع واحد منهم ، بعد القضاء ، قبل إقامة الحد عليهم : يحدون جميعا ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال^(١١) محمد : يحسد الراجع ، وحده ، استحسانا . وأجمعوا أنه إذا^(١٢) رجع واحد قبل القضاء بالرجم : فإنهم يحدون جميعا . وهي من مسائل الخلافات^(١٣) و^(١٤) .

(١) « لا » ليست في أ و ح .

(٢) في ب : « بالسب » .

(٣) في أ و ح : « بالإحصان » .

(٤) « شيء » ليست في ح .

(٥) « لأن الزنا » ليست في ب .

(٦) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « صار » .

(٧) في أ و ح : « وغرم » .

(٨) في ب : « أرباعه » .

(٩) في أ و ح : « ببقاء ثلاثة » .

(١٠) في أ و ح : « فإن » .

(١١) « يوسف وقال » ساقطة في ب . (١٢) في أ و ح : « لو » .

(١٣) في ب : « وهي ترف في المختلف » . (١٤) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب أدب القاضى

القضاء^(١) فريضة محكمة^(٢)، يجب على من وجد فى حقه شرائط القضاء، من الولاية على المقضى عليه، بتسليم^(٣) المقضى به^(٤)، إلى المقضى له، وهو السلطان، أو من يقوم مقامه - لأن هذا من باب إنصاف المظلوم من الظالم، وهذا^(٥) مفوض إلى الخلفاء والسلاطين، غير أنهم إذا عجزوا بأنفسهم، إما لعدم العلم أو لاشتغالهم بأمور آخر، يجب عليهم أن يقلدوه^(٦) من كان يصلح له^(٧)، ممن هو من^(٨) أفقه الناس، بحضرتهم^(٩)، وأورعهم.

فإن وجدوا^(١٠) اثنين: أحدهما أفقه، والآخر أورع، فالأورع

(١) فى ا و ح: « قال رحمه الله: القضاء. »

(٢) « لأنه لا يَحْتَمَلُ الذَّخْ لِكَوْنِهِ مِنَ الْأَحْكَامِ الَّتِي عَرَفَ وَجُوبُهَا بِالْعَقْلِ وَالْحُكْمِ

العقلي لا يَحْتَمَلُ الْإِتْسَاخَ » الكاسانى، ٧ : ٢ : ٢ من أسفل .

(٣) فى ا و ح: « لتسليم. »

(٤) « به » ليست فى ا .

(٥) فى ح: « وهو. »

(٦) فى ب: « يقلدوا. »

(٧) « له » ليست فى ا . وفى ح: « لهم. »

(٨) « من » ليست فى ا و ح . ففيها: « من هو أفقه »

(٩) كذافى ا و ب و ح: « بحضرتهم. » وفى الأصل: « لحضرتهم. » وانظر الصفحة التالية.

(١٠) فى ب: « وجدا. »

أولى ، لأنه يمكنه أن يقضى بعلم غيره ، ولا بد من الورع ، حتى لا يتجاوز حد^(١) الشرع ، ولا يصور الباطل بصورة الحق ، طمعا في الرشوة . ويجب على من استجمع فيه شرائط القضاء^(٢) ، أن يقبله إذا قلده ، حتى^(٣) لو امتنع يأثم ، إلا^(٤) إذا^(٥) كان في العلماء ، بحضرتهم ، ممن يصلح له كثرة ، فلا بأس بأن يعتذر بعذر ، فيدفع عن نفسه إلى غيره ، لأنه ليس بمتعين لذلك ، والذي تعين لا يحل له الامتناع إذا قلده ، ولكن لا ينبغي أن يطالب لأنه ربما لا يقلد ، فيذهب مأوه وحرمة علمه .

ثم القضاء الواجبات وآداب :

فأما الواجبات

< ف > منها - أنه^(٦) يجب على القاضي أن يقضى ، في كل حادثة ، بما ثبت^(٧) عنده أنه^(٨) حكم الله تعالى^(٩) ، إما بدليل قطعي نحو نص الكتاب مفسرا لاشبهة في معناه ، أو^(١٠) السنة المتواترة أو المشهورة^(١١) ،

-
- (١) في ا و ح : « عن حد » .
 - (٢) في ب : « شرائطه » .
 - (٣) في ح كذا : « حق » وهو خطأ .
 - (٤) « إلا » ساقطة في ا و ح .
 - (٥) « إذا » ساقطة في ب .
 - (٦) « أنه » ليست في ا . وفي ح : « أن » .
 - (٧) في ب : « ثبت » .
 - (٨) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « له » .
 - (٩) « تعالى » من ا و ب و ح .
 - (١٠) في ا و ح : « و » .
 - (١١) في ح : « مشهورة » .

أو الإجماع^(١) - وإما^(٢) بدليل ظاهر موجب للعمل، كظاهر النص، من الكتاب، والسنة، والقياس، وذلك في^(٣) موضع لإجماع^(٤) فيه^(٥) بين الفقهاء. وإن^(٦) كان مختلفا فيه، أو لم تكن واقعة، < أو كانت واقعة >، و^(٧) لا رواية في جوابها عن السلف^(٨)، يجب^(٩) عليه أن يعمل برأى نفسه إن كان من أهل الاجتهاد، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد^(١٠)، يختار قول من هو^(١١) أفقهم وأورعهم.

ولو كان القاضى من أهل الاجتهاد^(١٢)، لكن لم ينظر في دليل المسألة، واعتمد على اجتهاد من هو أفقه منه^(١٣) - هل يجوز له القضاء به^(١٤)؟ على قول أبى حنيفة: جاز^(١٥)، وعلى قولهما: لا يجوز، إلا وأن

(١) فى ج : « بالإجماع » .

(٢) « بدليل قطعي... ولما » من ب. وهى فى ا و ح مع خلاف لفظي أثرنا لايه فيما تقدم من الهامش .

(٣) « فى » ليست فى ح .

(٤) كذا فى ب : « لا إجماع » . وفى الاصل و ا و ح : « الإجماع » . وفى الكاسانى

(٥ : ٢٢ : ٤) : « وذلك فى المسائل الاجتهادية التى اختلف فيها الفقهاء ... » .

(٥) « فيه » ليست فى ا .

(٦) فى ب : « بأن » . وفى ا و ح : « فإن » .

(٧) « و » ليست فى ح .

(٨) فى الكاسانى (٧ : ٤ : ٢٢ وما بعده) : « ... وذلك فى المسائل الاجتهادية التى

اختلف فيها الفقهاء رحمهم الله والتى لا رواية فى جوابها عن السلف بأن لم تكن واقعة » .

(٩) فى ب : « ولكن يجب » .

(١٠) « من أهل الاجتهاد » من ا و ح . وانظر الهامش التالى

(١١) « هو » من ا و ح . وانظر الهامش بعد التالى

(١٢) « وإن لم يكن ... الاجتهاد » ليست فى ب .

(١٣) « منه » ليست فى ب .

(١٤) فى ا و ح : « هل يجوز القضاء ؟ » فقط .

(١٥) فى ب : « جائز » .

يعمل باجتهاد نفسه - ذكر الاختلاف في كتاب الحدود^(١) .

وبما يجب عليه^(٢) أيضاً^(٣) - أن يقضى بما ثبت عنده بالبينة أو الإقرار، أو يكون المدعى < به >^(٤) مما^(٥) يدخل فيه النكول ، لأن الشرع جعل هذه الجملة حجة في حقه ، ولكن لا بد من أن يثبت عدالة الشهود عنده ، بالسؤال عنهم ، ممن له^(٦) علم بأحوالهم في السر والعلانية ، فعدلوه وقالوا : هو جازر الشهادة .

وأما القضاء بعلم نفسه ، بالمعينة أو بسمع الإقرار^(٧) أو بمشاهدة^(٨) الأحوال^(٩) : < ف > إن قضى بعلم حادث له في زمان القضاء ، و^(١٠) في مكانه ، في الأملاك المرسلة^(١١) ، والحقوق ، من الطلاق والعناق ونحوهما^(١٢) ، وفي القصاص وفي حد القذف - جاز^(١٣) . وإن كان في

(١) « إلا وأن . . . الحدود » ليست في او ح .

(٢) « عليه » من او ب و ح .

(٣) « أيضاً » ليست في او ح .

(٤) في الأصل وا او ب و ح : « عليه » . وفي الكاساني (٧ : ٦ : ٥ من أسفل) :

« وكذا القضاء بالنكول عندنا فيما يقضى فيه بالنكول » .

(٥) في او ب و ح : « فيما » .

(٦) في او ح : « لهم » .

(٧) « الإقرار » من او ب و ح . وفي او ح : « سماع الإقرار » .

(٨) كذا في ب . وفي الأصل وا و ح : « مشاهدة » .

(٩) في او ب و ح : « الأقوال في التصرفات » .

(١٠) « و » ليست في او ح .

(١١) في او ب و ح : « في الأموال » بدلا من : « في الأملاك المرسلة » .

(١٢) في او ح : « ونحوها » .

(١٣) في او ح : « جازر » . وراجع الكاساني ، ٧ : ٦ - ٧

سائر الحدود : لا يجوز - وهذا عندنا ^(١)

وعن ^(٢) الشافعى قولان : في قول : لا يجوز في الكل ، وفي قول : يجوز في الكل .

وأما إذا قضى بعلم كان قبل أن يقلد القضاء ، أو بعلم بعد التقليد لكن قبل أن يصل ^(٣) إلى البلد الذى ولى ^(٤) قضاءه : < فقد > أجمع أصحابنا أنه لا يجوز في ^(٥) الحدود غير حد القذف . فأما في سائر الأحكام وفي حد القذف ^(٦) والقصاص : < فقد > اختلفوا ^(٧) : قال أبو حنيفة : لا يجوز ^(٨) . وعلى قول أبي يوسف ومحمد : يجوز - وفروع هذا الفصل ودلائله تعرف في المبسوط إن شاء الله تعالى ^(٩)

ولا يجوز للقاضى ^(١٠) أن يقضى لنفسه ، ولا لأبويه وإن علوا ^(١١) ، ولا لزوجته ، ولا لأولاده وإن سفلوا ^(١٢) ، ولا لكل من لا تجوز شهادته لهم ^(١٣) .

(١) في ا و ح : « وهذا عند أصحابنا » . وفي ب : « وهذا عند أصحابنا جميعاً » .

(٢) في ب : « وعند » .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل « يقلد » .

(٤) في ا و ح : « إلى البلدة التي تولى » .

(٥) في ح : « وفي » .

(٦) في ا : « وفي حد السرقة » . راجع الكسانى ، ٧ : ٦ - ٧

(٧) زاد في ا و ح هنا : « فيه » .

(٨) « لا يجوز » ليست في ا .

(٩) راجع الكسانى ، ٧ : ٦ : ٤ من أسفل - ٧ .

(١٠) « للقاضى » ليست في ا و ح . (١١) « وإن علوا » ليست في ا .

(١٢) « وإن سفلوا » ليست في ا . (١٣) راجع فيما تقدم من ٦٢٥

وهل يقضى^(١) بكتاب قباض ورد إليه من قضاة البلدان^(٢)؟ ليس^(٣) له أن يقضى في الحدود والقصاص ، وأما في الديون^(٤) والمروض^(٥) والمقار - < فقد > جز^(٦) القضاء به .

ولا يجوز في الحدود والقصاص القضاء بالشهادة على الشهادة . وفي الغلام والجارية : عند أبي حنيفة ومحمد : لا يكتب إلى القضاة^(٧) ، ولا يقبل . وعن أبي يوسف : يقبل ، وهو قول ابن^(٨) أبي ليلى - وعمل القضاة على هذا ، لا أجل^(٩) الضرورة^(١٠) العامة .

ثم فيما^(١١) يقبل فيها^(١٢) الكتاب^(١٣) - إذا ورد^(١٤) الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه^(١٥) ، ينبغي أن لا^(١٦) يفتك الكتاب ، ولا يقرأه^(١٧)

-
- (١) في ب كذا : « يقضا » .
 - (٢) في ا و ب و ح : « البلاد » .
 - (٣) في ح : « وليس » .
 - (٤) في ب : « في الدين » .
 - (٥) في ا : « والقروض » .
 - (٦) في ب : « جائز » .
 - (٧) في ب كذا : « القضا » .
 - (٨) « ابن » ليست في ب .
 - (٩) في ب كذا : « الاجل » . وفي ح : « الاجر » .
 - (١٠) في ا و ج : « ضرورة » .
 - (١١) في ب : « ثم ما » .
 - (١٢) في ا و ب و ح : « فيه » .
 - (١٣) في ا و ح : « كتاب القاضي » .
 - (١٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « أورد » .
 - (١٥) « إليه » ليست في ا .
 - (١٦) « لا » ليست في ح .
 - (١٧) في ا و ح : « ولا يقرأ » .

إلا بحضرة الخصم، كي لا يتهم في ذلك.

وأما آراء القضاة (١)

فالمقاضي (٢) أن يجلس مع نفسه قوما من (٣) الفقهاء، ليشاور (٤) معهم إذا (٥) احتاج إليه. فإن (٦) اتفقوا عليه، والحادثة معروفة في السلف، يقضى به. وإن اختلفوا فعلى ما ذكرنا.

فإن بدا له أن يرجع فيما اعتمد على قول بعضهم (٧)، ورأى (٨) الصواب في قول الآخر (٩) - < ف > له ذلك، لأن له أن يقضى في المجتهد فيه، بما لاح له (١٠) من دليل الاجتهاد إن (١١) كان مجتهدا. فأما بعد الحكم - < ف > ليس له أن يبطل ذلك القضاء، لأنه صار (١٢) بالقضاء كالمحقق (١٣) عليه، ولكن يعمل في المستقبل بخلافه إذا رأى ذلك صوابا.

- (١) في ح: « المقاضى ». وفي ا: « القضا ».
- (٢) في ا: « فإن للمقاضي ».
- (٣) « قوما من » ليست في ح و ا.
- (٤) في ب: « يشاور ». وفي ا و ح: « لتشاور ».
- (٥) في ب: « لو ».
- (٦) كذا في ا و ب و ح. وفي الاصل: « وإن ».
- (٧) في ب: « قولهم ».
- (٨) في ا: « رأى ». وفي ح كذا: « را ».
- (٩) في ح: « آخر ».
- (١٠) « له » ليست في ا و ح.
- (١١) كذا في ا و ب و ح. وفي الاصل: « وإن ».
- (١٢) « صار » من ا و ب و ح.
- (١٣) في ح: « المتفق ».

وينبغي أن يعدل بين الخصمين في مجلسهما منه : لا يقرب أحدهما دون الآخر ، وإن كان له شرف العلم و^(١)النسب . وإن كان يريد تعظيم ذلك في المجلس ، ينبغي أن يجلس خصمه معه ، أينما أجلس الأول . وكذلك يعدل بينهما في النظر والمنطق . ولا يشير إلى أحد^(٢) الخصمين دون الآخر .

وكذلك لا يخلو^(٣) بأحدهما ، دفعا للهمة .

ولا يرفع صوته على أحدهما ما لم يرفع على الآخر ، عند الشغب والمنازعة . فأما إذا وجد من أحدهما ، فإنه يرفع صوته عليه تأديبا له^(٤) . ولا ينبغي أن يلحق أحدا الخصمين حجته^(٥) . ولا بأس بأن يلحق الشاهد ، إذا كان يستحي ويهاب^(٦) مجلس القاضى^(٧) ، بشيء هو حق^(٨) . وإذا تكلم أحدهما أسكت الآخر^(٩) ، حتى يسمع كلامه ، ويفهم ، ثم يستنطق الآخر ، حتى يكون أقرب إلى الفهم .

(١) في ب : « أو » .

(٢) في ا و ح : « ولا يسار أحد الخصمين » . وفي ب كذلك وقد تكون : « ولا يسأل أحد الخصمين » .

(٣) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « لا يخلوا » .

(٤) « له » ليست في ا و ح .

(٥) في ا : « حجة » .

(٦) في ب : « وهاب » . وفي ح : « وتهاب في » .

(٧) في ا و ح : « القضا » .

(٨) « بشيء هو حق » ليست في ب . وفي ا : « بشيء هو أحق » .

(٩) في ب : « للآخر » .

ولا ينبغي أن يجلس للقضاء وبه ما^(١) يشغله عنه ، نحو الهم^(٢) ، والغضب ، والنعاس ، وغيرها^(٣) ، على ما قال عليه السلام : « لا يقضى القاضي وهو غضبان » .

وينبغي أن يقدم الرجال على حدة ، والنساء على حدة ، الأول فالأول . ولا يخلط النساء بالرجال ، لأنه سبب للفتنة^(٤) .

وينبغي أن يتخذ^(٥) كاتباً من أهل العفاف والصلاح ، وهو فقيه عالم بصنعة^(٦) الكتابة ، ثم يقعده حيث يرى ما يكتب وما يصنع . وفي عادة السلف أن^(٧) القاضي هو الذي يكتب خصومة كلا الخصمين ، على كاغذ^(٨) السؤال والجواب ، ثم يكتب شهادة الشهود^(٩) على حسب ما شهدوا^(١٠) ، بعد كتابة جواب الخصم ، ثم يطوى الكتاب^(١١) ، ثم^(١٢) يختمه ، ثم^(١٣) يكتب على ظهره « خصومة فلان وفلان ، في شهر كذا ،

(١) في ا و ح : « لائقاً ويشغله » .

(٢) في ح الألف ساقطة في كلمة : « الهم » .

(٣) في ب : « وغيره » . وفي ا : « وغيرها » .

(٤) في ا و ب و ح : « الفتنة » .

(٥) في ا و ح : « يأخذ » .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل كذا : « بصنعة » .

(٧) في ا و ح كذا : « إلى » .

(٨) الكاغذ والكاغد سواء وهو القراطيس وهو مريب (القاموس) - وفي ب : « كاعده » . وفي ا و ح : « على ما كان عنده » .

(٩) في ح : « شهادة المشهود » .

(١٠) في ا و ح : « ما يشهدون » .

(١١) « الكتاب » من ا و ب و ح .

(١٢) في ا و ب و ح : « و » .

(١٣) في ب : « و » .

فى (١) سنة كذا - ويضعه فى قطره (٢) على حدة . وفى زماننا: المادة (٣)
 أن السكاتب هو الذى يكتب كتاب الدعوى ، ويترك موضع التاريخ ،
 ولا يكتب جواب الخصم ، ويكتب أسماء الشهود بعد ذلك ، ويترك فيما
 بين الخطين فرجة ، فإذا رفع (٤) الدعوى عند القاضى ، فيكتب (٥) التاريخ
 بنفسه ، ويكتب جواب الخصم على الوجه الذى تقرر (٦) . وإذا شهد
 الشهود (٧) فى المجلس على ما يدعيه المدعى يكتب شهادة كل واحد تحت (٨)
 اسمه على الوجه الذى تقرر (٩) و (١٠) ويختتم (١١) الكتاب ، ثم يكتب
 بنفسه فى ذلك اليوم أسماء الشهود . أو يأمر السكاتب (١٢) حتى يكتبه (١٣)
 بين يديه ، ويختتم ، ويبعث بذلك على يد رجل من أهل الثقة ، فى السر ،
 إلى أهل الثقة والصالح عنده ، حتى يعدلوا الشهود . فإذا اتفق (١٤) : ثنان

(١) فى ح : « وفى » .

(٢) فى ا و ب و ح : « فى قطر » . والقيمَطَر ما يصب فيه الكتب كالقَمْطَرَة (القاموس)

(٣) فى ب : « أن المادة » .

(٤) كذا فى ب و ح . وفى ا : « دفع » . وفى الأصل : « وقع » .

(٥) فى ا : « فليكتب » .

(٦) فى ح : « الذى يشهد » . وفى كذا : « نقد » وإلهاها : « تقدم » مع تحريف .

(٧) « الشهود » ليست فى ا . وانظر فيما بعد الهامش ١٠

(٨) « تحت » ليست فى ا . » » » »

(٩) فى ا : « الذى يشهد » . » الهامش التالي

(١٠) « وإذا شهد الشهود ... تقرر » ساقطة فى ح . وراجع فيما تقدم الهامش ٦

(١١) فى ا و ب و ح : « ثم يختتم » .

(١٢) كذا فى ا و ب و ح وفى الأصل : « الكتاب » .

(١٣) فى ا و ح : « يكتب » .

(١٤) فى ح كذا : « اتفق » .

أو أكثر على تزكية رجل ، قبل قوله ، وعمل به .

وإن اجتمع جماعة على أنه ثقة ^(١) ، واثنان على جرحه ^(٢) .
يأخذ بالجرح .

والمدد شرط عندهما في ^(٣) المزكين . وأما عند أبي حنيفة : < ف>
الواحد كاف ^(٤) .

وكذا الخلاف في الذي يبعث المستورة ^(٥) : يشترط ^(٦) فيه ^(٧)
المدد عندهما ، خلافاً له .

ثم يسأل عن التزكية ^(٨) علانية بعد ما يسأل ^(٩) في السر ، حتى لا يقع
فيه ريبة على القاضى ، فيتهم بذلك ^(١٠) .

• • •

ولا ينبغي للقاضى أن يقبل الهدية إلا من ذى رحم محرم منه ، أو

(١) في ا و ب و ح : « على ثقة رجل » .

(٢) جرح شاهدا أسقط عدالته (انقاموس) .

(٣) في ب : « من » .

(٤) في الأصل و ا و ب و ح : « كافي » . وفي الكاسانى (٧ : ١١ : ٤) : « وأما

المدد فليس بشرط الجواز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لكنه شرط الفضيلة والكمال . وعند محمد :
شرط الجواز » وفي الكنز والزيامى عليه (٤ : ٢١٢) : « (والواحد يكفى للتزكية) ...
وهذا عندهما . وقال محمد رحمه الله : يشترط في التزكية ما يشترط في الشهادة من المدد » .

(٥) قال الكاسانى (٧ : ١٢ : في السطرين الأسفلين) : « ... ثم يكتب القاضى

في ذلك الشهر أسماء الشهود بنفسه على بطاقة أو يستكتب الكتاب بين يديه فيعنتها إلى المدعى سراً
وهي المسماة بالمستورة في عرف ديارنا » . وفي الزيامى والشلبى عليه (٢ : ٢١١) أن المستورة
هي الرقعة وسميت بها لسترها عن نظر العوام . وفي ح سقطت منها الراء والتاء . وفي ا : « المستور » .
(٦) في ح : « وبشرط » .

(٧) « فيه » من ا و ب و ح .

(٨) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل كذا : « المزكية » .

(٩) في ا و ب و ح : « بعدما سأل » . (١٠) زاد في ب : « كله » .

من^(١) صديق ، قديم الصحبة ، قد كان بينهما التهادى قبل زمان القضاء .
فأما من^(٢) غير هذين : < ف > لا يقبل الهدية ، ويكون^(٣) ذلك في
معنى الرشوة .

وأما الدعوة - فإن كانت دعوة عامة ، مثل دعوة العرس^(٤) ،
والختان : فلا بأس بذلك . فأما الدعوة الخاصة : فإن كانت^(٥) من ذى
الرحم المحرم ، أو^(٦) الصديق القديم الذى كان يضيفه قبل القضاء : فلا بأس
بالإجابة . وفى غيرهما^(٧) : لا ينبغي أن يحضر ، لأن ذلك يوجب تهمة فيه .

ولا بأس للقاضى أن يبعث الخصمين إلى المصالحة إن طمع منهما
المصالحة^(٨) . وإن لم يطمع ولم يرضيا^(٩) بذلك^(١٠) فلا يزدحما إلى الصالح ،
ويتبركهما على^(١١) الخصومة ، وينفذ القضاء فى حق من قامت الحجة له .
والله تعالى أعلم^(١٢) .

(١) « من » او ح .

(٢) كذا فى ب . وفى الاصل و او ح : « فى » .

(٣) فى او ح : « لانه يكون » .

(٤) كذا فى او ب و ح . وفى الاصل : « فإن كانت الدعوة دعوة العرس ... » .

(٥) كذا فى او ح . وفى الاصل و ب : « كان » .

(٦) فى ب : « و » .

(٧) فى ا : « وغيرها » . وفى ح كذا : « فلا بالإجابة وغيرها » .

(٨) « إن طمع منهما المصالحة » ليست فى او ح .

(٩) فى او ب و ح : « ولم يرضا » .

(١٠) فى ح : « فذلك » .

(١١) فى او ح : « لى » .

(١٢) « والله تعالى أعلم » ليست فى او ح . وفى ب : « والله أعلم » .

كتاب

الوقف والصدقة

في الكتاب^(١) فصلان : فصل في الوقف ، وفصل في الصدقة .

أما الأول

< فقد > أجمع العلماء أن من وقف أرضه أو داره ، مسجداً ، بأن قال : « جمات هذه^(٢) الأرض مسجداً يصلى^(٣) فيه الناس » - أنه جائز^(٤) ، لأن هذا إبطال ملكه عنه ، وجمعه لله تعالى خالصاً ، كمن أعتق عبده . لكن الفسليم شرط^(٥) عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف : ليس بشرط .

وتسليمه عندهما أن يأذن للناس بصلاة^(٦) الجماعة^(٧) فيه ، فيصلى^(٨) فيه جماعة من الناس بجماعة : فإنه يصير مسلماً إلى الناس - كذا ذكر

(١) في ا و ح : « قال رحمه الله : في الكتاب » . وفي ب : « في الباب » .

(٢) في ح : « هذا » .

(٣) في ب : « يصلى » .

(٤) في ب : « انه يجوز » . وفي ا و ح : « جاز » .

(٥) في ب كذا : « تسليم الشرط » .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « للصلاة » .

(٧) في ا و ح : « بالصلاة الجماعة » . وفي ب : « بالصلاة جماعة » .

(٨) كذا في ب . وفي الاصل : « فصلى » . وفي ا و ح : « فإذا صلى الناس فيه بجماعة فلان » .

هلال الرأي^(١) في كتاب «الوقف» الذي صنفه.

وقال بعض المشايخ : إذا جعل له متولياً < قياً >^(٢) يتصرف في مصالحه ، ويأذن له بقبضه ، بطريق النيابة عن الناس . ويأمرهم بالصلاة فيه - فيكون التسليم^(٣) صحيحاً ، ولا يمكنه الرجوع بعد ذلك عندهما .

وأما إذا جعل أرضه أو داره وقفاً على الفقراء ، أو على وجوه الخير - فعند أبي حنيفة : إن جعله وقفاً في حال حياته ، ولم يقل وصية بعد وفاته^(٤) ، فإنه يكون هذا الوقف صحيحاً ، في حق التصديق بالغلة وبالسكنى^(٥) في الدار إلى وقت وفاته ، و^(٦) يكون نذراً بالتصدق بذلك ، وتكون رقبة الأرض على ملكه : يجوز له^(٧) بيعه والتصرفات فيه . وإذا مات يصير ميراثاً للورثة - وهذا معنى قول بعض المشايخ : إن الوقف لا يجوز عند أبي حنيفة : أن^(٨) الوقف لا حكم له عنده ،

(١) كذا في ح . وفي الأصل و ا و ب : « هلال الرازي » - وسيأتي أن هذا غلط . وهو هلال ابن يحيى بن مسلم الرأي البصري ، ويقع في بعض الكتب « الرازي » . وقد قال صاحب الجواهر إن هذا غلط . وقد قيل له « الرأي » اسم علم وكثرة فقهه كما قيل : « ربيعة الرأي » - أخذ الفقه عن أبي يوسف وزفر . وله مصنف في « الشروط » وله « أحكام الوقف » تداوله العلماء . وقد مات سنة ٢٤٤ هـ . (الجواهر والفوائد) .

(٢) في الأصل و ا و ح كذا : « قياً » . وفي الكسائي (٦ : ٢٢٠ : ١) « التسليم في الوقف عندهما أن يجعل له قياً ويسلمه إليه » . وفي ب : « جعل له ولها يتصرف » .

(٣) في ا و ب و ح : « يكون تسليمياً » .

(٤) في ح : « وفاته » .

(٥) في ب : « والسكنى » .

(٦) « و » ليست في ح .

(٧) « له » ليست في ا و ح . (٨) في ا و ب و ح : « لاني » .

بل يكون نذرا بالتصدق بقلته ومنافعه (١).

وأما إذا وقف في حال حياته ، وأوصى بذلك بعد وفاته - فإنه (٢) يجوز بلا خلاف ، لكن ينظر : إن خرج (٣) من الثلث : يجوز في الكل ، وإن لم يخرج من الثلث : يجوز الوقف (٤) فيه بقدر الثلث ، ويبقى الباقي (٥) إلى أن يظهر له مال آخر ، أو يجيزه (٦) الورثة . فإن لم يظهر له مال (٧) ، ولم يجز الورثة ، تقسم الغلة بينهم أثلاثا (٨) : الثلث للوقف والثلثان بين الورثة (٩) على قدر أنصبتهم . وإن أجازهم (١٠) الورثة يصير جائزا ، ويتأبد الوقف بحيث لا يبطل بعد ذلك (١١).

ولو رفع الأمر (١٢) إلى القاضي ، فأمضى القاضي الوقف (١٣) ، بناء على

-
- (١) وردت في النسخ هنا العبارة التي نقلناها إلى موضعها فيما بعد من هذه الصفحة - انظر فيما بعد الهامش ١١ .
- (٢) « فإنه » من ا و ب و ح .
- (٣) في ب و ح : « يخرج » .
- (٤) في ح : « من الوقف » .
- (٥) « الباقي » ليست في ب .
- (٦) في ب و ح : « ويجيز » . وفي ا : « أو يجيز » .
- (٧) « مال » من ا و ب و ح .
- (٨) « أثلاثا » ليست في ا و ب و ح .
- (٩) في ب : « والثلثان من الورثة » . وفي ا و ح كذا : « والثلثان (في ح كذا : والثلثان) للورثة بينهم على قدر أنصبتهم » .
- (١٠) في ح : « وإن أجاز » . وفي ب : « فإن أجاز » . وفي ا : « وإن أجازت » .
- وانظر الهامش بعد التالي
- (١١) « وإن أجازهم الورثة ... لا يبطل بعد ذلك » وردت في النسخ بعد عبارة : « بل يكون نذرا بالتصدق بقلته ومنافعه » الواردة في أول هذه الصفحة ، وقبل عبارة : « وأما إذا وقف في حال حياته » - والصحيح أن موضعها هنا . راجع فيما تقدم الهامش ١
- (١٢) « الأمر » ليست في ح .
- (١٣) « الوقف » ليست في ا

دعوى صحيحة^(١)، وشهادة قاضية على ذلك، وأنكر الواقف ذلك - صبح^(٢).
ولو شهد الشهود على الوقف، من غير دعوى - قالوا: إن القاضي
يقبل، لأن الوقف^(٣) حكمه^(٤) التصديق بالغلة، وهو حق الله تعالى،
وفي حقوق الله تعالى لا يشترط الدعوى.

وهذا إذا كان من رأى القاضي أن الوقف صحيح، لازم، لا^(٥) يجوز
نقضه بحال، كما قال أبو يوسف ومحمد، حتى يكون قضاء في فصل مجتهد
فيه، فينفذ قضاؤه، ولا يمكن^(٦) نقضه بعد ذلك، ولا يجوز بيعه، ولا
يورث بالاتفاق، لأن قضاء القاضي^(٧) في فصل مجتهد فيه على^(٨) أحد^(٩)
الوجهين برأيه، وهو من أهل الاجتهاد، ينفذ، بالإجماع^(١٠).

هذا الذي ذكرنا على مذهب^(١١) أبي حنيفة. أما عند أبي يوسف ومحمد
والشافعي وعامة الفقهاء: <ف> إن^(١٢) الوقف صحيح، في حق الرقبة،
ويزول^(١٣) عن ملكه، كما في المسجد.

(١) في أ و ح: «صحيح».

(٢) «ذلك - صبح» من أ و ب و ح، ولكن «ذلك» ليست في ب.

(٣) «الوقف» من أ و ب و ح.

(٤) في أ و ح: «حكم» . (٥) «لا» ليست في ح.

(٦) في أ و ح: «ولا يمكنه» . وانظر الهامش التالي

(٧) «في فصل مجتهد فيه فينفذ... قضاء القاضي» ليست في ب.

(٨) في أ و ب و ح: «في فصل يختلف على» .

(٩) في أ و ح: «إحدى» . (١٠) راجع فيما تقدم ص ٦٤١

(١١) في أ و ح: «ذكرنا مذهب» . وفي ب: «ذكرنا كله على مذهب» .

(١٢) في ب: «فأما أبو يوسف... قالوا: إن الوقف» .

(١٣) في ب: «فيزول» .

لكن اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما :

قال محمد^(١) : إنما يجوز بأربع^(٢) شرائط :

أحدها - أن يخرج منه من^(٣) يده ، ويسلمه إلى المتولى ، حتى يتصرف فيه ،
فيصرف^(٤) أولاً إلى مصالح^(٥) الوقف ، ويصرف الباقي إلى المستحقين .
والثاني - أن يكون في المفروز^(٦) دون المشاع .

والثالث - أن^(٧) لا يشترط لنفسه شيئاً من منافع الوقف .

والرابع - أن يكون مؤبداً ، بأن يجعل آخره إلى فقراء^(٨) المسلمين .
وعلى قول أبي يوسف : لا يشترط شيء من هذه الأشياء .

وهذا الذي ذكرنا إذا وقف في حالة الصحة .

فأما إذا وقف في حالة المرض : فإن^(٩) وقف وأوصى بها بعد وفاته :
فهذا وحالة^(١٠) الصحة مع الوصية سواء : يعتبر خروجه من الثلث ، ولا
يكون ميراثاً للورثة . وإن لم يجعله وصية بعد وفاته : < ف > في

(١) في أ : « وقال محمد » .

(٢) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « بأربعة » . والصحيح لغة « بأربع » لأن
« شرائط » جمع « شريطة » بمعنى الشرط أيضاً .

(٣) في ح : « عن » .

(٤) في أ و ح كذا : « وتصرف » . (٥) « مصالح » من أ و ب و ح .

(٦) في ب : « في المفروز » و « مفروز » من « فرز » . أما « مفروز » فن « أفرز » (المضباح) .

(٧) « أن » من أ و ب و ح .

(٨) في أ : « آخره لفقراء » . وفي ح : « آخره فقراء » .

(٩) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « بأن » .

(١٠) في أ : « فهذا أو في حالة » . وفي ب : « ... وفاته نفذ أو في حالة الصحة » .

وفي ح : « بعد وفاته فهذا أولى في حالة » .

جواب^(١) ظاهر الرواية^(٢) : هذا والوقف في حالة الصحة سواء .

وذكر الطحاوى : هو بمنزلة الوقف بعد وفاته ،

والتوفيق^(٣) بين الروايتين أن مراد محمد : أن وقف المريض نافذ للحال ، غير مضاف إلى ما بعد الموت ، كالوصية : فإن المريض إذا أعتق في حالة المرض ينفذ عتقه ، وإن كان لا يخرج من الثلث عندهما ، ويسمى وهو حر . وعند أبي حنيفة : ينفذ بقدر الثلث دون الثلثين^(٤) ، ويسمى وهو رقيق ، فيعتق^(٥) الباقي . ومراد الطحاوى أنه^(٦) لا يصح من^(٧) جميع المال بل من الثلث ، بمنزلة الوصية ، وبمنزلة^(٨) الوقف والوصية بعد الموت - هذا هو الصحيح .

هذا الذى ذكرنا فى العقار .

فأما فى^(٩) المنقول - هل يجوز وقفه ؟

إن كان تبعاً للعقار كالثيران ، وآلات^(١٠) الحراثة ، والعبيد - فإنه يجوز ، ويجمل وقفاً ، ويكون ملكاً لعامة الفقراء كعبيد الخس فى الغنائم^(١١) .

(١) « جواب » ليست فى ب .

(٢) « فى جواب ظاهر الرواية » ليست جلية فى الصورة الفوتوغرافية للأصل .

(٣) « والتوفيق » ليست فى ب ومكانها فيها بياض . وفى ا و ح شبه : « والتوفيق » .

(٤) فى ب : « بقدر الثلثين » - فليس فيها : « الثلث دون » .

(٥) فى ب : « ليعتق » . وفى ا و ح : « يمتق » .

(٦) فى ح : « أن » . (٧) فى ا و ح : « فى » .

(٨) « الوصية وبمنزلة » ليست فى ا و ح .

(٩) « فى » ليست فى ا و ب و ح .

(١٠) فى ح كذا : « كالثيرات والآلة الحراثة » .

(١١) « فى الغنائم » من ا و ب و ح . راجع فيها تقدم ص ٥٢٠ وما بعدها .

وأما إذا كان مقصوداً - فإن كان مما يجرى فيه التعامل ، وهو معناد فيما بين الناس : يجوز عندهما ، خلافاً لأبي حنيفة - وذلك نحو الكُرَاع^(١) ، والسلاح في سبيل الله ، و^(٢)نحو المَر^(٣) والقدوم لحفر القبور ، وكتياب الجنابة^(٤) ونحوها .

وأما وقف الكتب - > فقد < اختلف المشايخ فيه^(٥) ، على قولها . وعن نصير بن يحيى^(٦) أنه وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة .

ولو جعل أرضه أو^(٧) داره رباطاً ، أو مقبرة ، أو سقاية - فعند أبي حنيفة : لا يجوز . وعندهما : يجوز - غير أن محمداً^(٨) يشترط الشرائط التي^(٩) ذكرنا^(١٠) ، والتسليم عنده هو^(١١) أن ينزل^(١٢) في الرباط بمض المارة ، وأن يدفن فيها^(١٣) بمض الموتى ، وأن يسقى^(١٤)

(١) الكُرَاع جماعة الخيل خاصة (المصباح)

(٢) « و » ليست في ب .

(٣) في المغرب : « المر بالفتح في وقف المختصر : الذي يعمل به في العين » .

(٤) في ا و ح : « الجنائز » .

(٥) « فيه » ليست في ا .

(٦) في الفوائد : « نصير بن يحيى الباخي : أخذ الفقه عن أبي سليمان الجوزجاني » .

مات سنة ٢٦٨ هـ .

(٧) في ب : « و » .

(٨) في ب : « غير أن عند محمد يشترط . . » .

(٩) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « الذي » .

(١٠) في ب : « ذكرناها » . راجع فيما تقدم ص ٦٥١

(١١) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « وهو » راجع ص ٦٥٧ .

(١٢) في ب : « يترك » وفي ا و ح : « وهو أن يقول أن ينزل » .

(١٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فيه » .

(١٤) في ا و ح : « يستقي » .

منها الناس^(١)، وسقى الواحد^(٢) كاف^(٣)، أو يسلم^(٤) إلى المتولى
ويأمره أن^(٥) يأذن للمارة بالنزول فيها^(٦)، والدفن في المقبرة،
والشرب^(٧) من السقاية، بعد ما صب الماء فيها^(٨).

. . .

ولو وقف أرضاً على عمارة المساجد^(٩) ومرة الرباط^(١٠)، والمقابر:
جـاز^(١١) عندهما.

فأما الوقف على مسجد^(١٢) بعينه هل يجوز؟ اختلف المشايخ فيه:
قال بعضهم: نلى الخلاف: على قول محمد: لا يجوز، لأن^(١٣)
هذا لا يتأبد عنده، فإن المسجد إذا خرب و^(١٤) استغنى الناس عن الصلاة
فيه، يعود ملكاً لصاحبه إن كان حياً، ويصير ميراثاً لورثة الواقف بعد

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « الماء » .

(٢) في ب و ح : « والواحد » . فليس فيهما : « سقى » - وانظر الهامش التالي

(٣) « والواحد كاف » ليست في ا . و « كاف » ليست في ح . وفي الاصل و ب : « كافي » .

(٤) كذا في ا و ح . وفي ب : « أو تسلم » . وفي الاصل : « ويسلم » .

(٥) في ا و ب و ح : « بأن » .

(٦) كذا في ا و ح . و : « المارة بالنزول فيها » غير جلية في الصورة الفوتوغرافية للاصل .

(٧) كذا في ا و ب و ح - وبين السطرين في الاصل - وفي متن الاصل : « والسقي » .

(٨) راجع فيها تقدم ص ٦٤٧ .

(٩) في ب و ا : « المسجد » .

(١٠) في ب : « الرباطات » . وانظر الهامش بعد التالي

(١١) كذا في ب . وفي الاصل : « جائز » - وانظر الهامش التالي

(١٢) « ومرة ... مسجد » ليست في ح . وكذا في ا .

(١٣) « لأن » ليست في ا و ح .

(١٤) في ح : « أو » .

وفاته . وعلى قول^(١) أبي يوسف : يجوز ، لأن عنده لا يصير ميراثاً بالخراب ، فإنه^(٢) يبقى مسجداً أبداً^(٣) .

وقال أبو بكر الأعمش^(٤) : ينبغي أن يجوز ، بالاتفاق .

وقال أبو بكر الإسكافي^(٥) : ينبغي أن^(٦) لا يجوز ، بالاتفاق .

وأما حكم الصدقة

إذا قال : « داري هذه صدقة في المساكين » - فإنه يجب عليه أن يتصدق : إن شاء بعين الدار ، وإن شاء باعها ، وتصدق^(٧) بثمنها على الفقراء ، لأن الصدقة عند^(٨) الإطلاق تقع على^(٩) تملك الرقبة ، دون التصديق^(١٠) بالسكنى والغلة - بخلاف^(١١) ما إذا قال : « داري هذه صدقة موقوفة على المساكين » - أنه ينصرف عند أبي حنيفة إلى التصديق بالغلة^(١٢) لوجود

(١) ف : « وعلى قياس قول » . وفي ا و ح : « وعلى هذا قياس قول » .

(٢) في ا و ب و ح : « بل » .

(٣) « أبداً » ليست في ا و ح .

(٤) في ا و ح : « الأعمش » . ولم نجد في الفوائد والجواهر إلا « الأعمش » . وفي

الكاساني (٦ : ٢٢١ : ١٩) : « أبو بكر الأعمش » . راجع ترجمته في الهامش ٦ ص ١٩ من المقدمة في الجزء الاول .

(٥) راجع ترجمته في الهامش ٧ ص ١٩ من المقدمة في الجزء الاول .

(٦) « أن » ليست في ح .

(٧) كذا في ب . وفي الاصل و ا و ح : « ويتصدق »

(٨) في ا و ح : « على » .

(٩) « على » ليست في ح .

(١٠) في ا و ح : « الصدقة » .

(١١) « بخلاف » ليست في ح .

(١٢) « بالغلة » من ا و ب ، وفي ح كذا : « بالغلة » .

التعارف^(١) .

ولو قال : « جميع ما أملك^(٢) فهو صدقة » - فإنه ينصرف إلى أموال الزكاة ، من السوائم ، وأموال^(٣) التجارة ، والصامت^(٤) ، دون العقار والرقيق ، وعليه أن يتصدق بالكل^(٥) ، ويمسك نفقة نفسه وعياله . ثم إذا ملك مالا^(٦) ، يتصدق بمثل ما أنفق من المال الذي نذر بالتصدق به^(٧) .

ولو قال : « مالى^(٨) صدقة في المساكين^(٩) » ، فإنه لا^(١٠) يدخل فيه السوائم والعقار والرقيق ، ويدخل أموال التجارة والصامت^(١١) - وقد ذكرنا فيما سبق^(١٢) نظائره ، وبيننا الفرق ، فلا نعيده . والله تعالى أعلم^(١٣) .

انتهى بحمد الله تعالى

(١) في ب كذا : « التفاوت » .

(٢) في ا : « جميع ما أملكه » . وفي ح : « جميع مال » .

(٣) في ا و ح : « وغيره من أموال » .

(٤) في المصباح : « الصامت من المال الذهب والفضة » .

(٥) « بالكل » ليست في ا .

(٦) « ما » ساوقة في ح ففيها : « ملك لا » .

(٧) « به » ليست في ا .

١ — فهرست الموضوعات

٢ — فهرست الأعلام المترجم لهم في هذا الجزء

وقد وعدنا في الجريين الأولين أن ننشر في هذا الجزء الثالث فهارس مختلفة للأجزاء الثلاثة جميعا ولكن الأسف انتهت مدة ندبنا إلى الجامعة وتعين عاينا الرجوع إلى عمالنا الأصليين في القضاء بالقاهرة قبيل الفراغ من طبع هذا الجزء الثالث فلم يتسع لنا الوقت للوفاء بما وعدنا . ونرجو أن نوفق إلى ما وعدنا في فرصة أخرى مقبلة لأن شاء الله حتى نكمل الفائدة التي نرجو . والله ولي التوفيق .

فهرست الموضوعات

الارقام تشير إلى الصفحات

كتاب الشركة

(٣ - ٢١)

نوعاها (٣) - شركة الاملاك (٣) .

شركة العقود : الشركة بالاموال : شروطها العامة (٤ - ٦) . شركة الدنان (٦ - ١٠) . شركة المفاوضة (١٠ - ١٣) . الشركة بالوجود (١٣ - ١٤) . الشركة بالاعمال (١٥ - ١٧) .

باب الشركة الفاسدة : (١٨ - ٢١) .

كتاب المضاربة

(٢٢ - ٣٢)

تفسير المضاربة (٢٢) . ألقاؤها (٢٢ - ٢٣) . شرائط صحتها (٢٣ - ٢٥) .
أحكامها : يد المضارب (٢٥ - ٢٦) . المضاربة المطابقة (٢٦ - ٢٧) . المضاربة الخاصة (٢٧ - ٢٨) .
النتي في المضاربة المطابقة (٢٨ - ٢٩) . نفقة المضارب (٢٩ - ٣٠) . قسمة الربح (٣٠ - ٣١) .
انقضاء المضاربة (٣١ - ٣٢) . المضاربة الفاسدة (٣٢) .

كتاب الصرف

(٣٣ - ٤٨)

تعريفه (٣٣) . حكمه (٣٤ - ٣٨) . باب آخر منه (٣٩ - ٤٦) . فصل في القرض (٤٧ - ٤٨) . بيع الفلوس (٤٨ - ٤٩) .

الفرصة

كتاب الشفعة

(٨٦-٦٦)

ما تجب به الشفعة (٦٦-٦٧) . شرائط الوجوب : ما وضة مال بمال (٦٧-٦٩) . المبيع عقار (٦٩-٧٠) . كيفية الوجوب (٧٠) : طلب الموانبة (٧١-٧٢) . المطالبة من الخصم (٧٢-٧٤) . المرافعة إلى القاضي (٧٤-٧٧) . أحكام الشفعة : ما تبطل به ومالا تبطل (٧٧-٨٥) . موت الشفيع (٨٥) . الأخذ بالشفعة هل يبطل الخيار (٨٦) . الحيلة في إبطال الشفعة (٨٦) .

كتاب الذبائح

(٨٧-١٠٠)

ما يباح أكله من الحيوان وما لا يباح وما يكره (٨٧) . ما لا يبيعش إلا في الماء (٨٨) . ما لا يبيعش إلا في البر (٨٩-٩١) . جنين ما يؤكل لحمه (٩٢) . شرائط الحل : الذبح (٩٢) . التسمية (٩٢-٩٤) . تجريد اسم الله عن اسم غيره (٩٤-٩٥) . محل الذبح وكيفية (٩٥-٩٧) . ما يكره حال الذبح (٩٧-٩٨) . ما يذكي به (٩٨-٩٩) . أهلية الذبح (٩٩-١٠٠) . في الصيد (١٠٠) .

كتاب الصيد

(١٠١-١١٢)

إباحة الاصطياد (١٠١) . شرائط إباحة أكل الصيد : أن تكون الآلة جارية (١٠٢-١٠٣) . أن يكون الحيوان الجارح مملاً (١٠٣-١٠٥) . أن لا يكون الحيوان الجارح محرم العين (١٠٥) . أن يكون الإرسال لمن هو أهل الذبح (١٠٥) . الإرسال على ما هو صيد مشاهد (١٠٥-١٠٧) . أن يكون فور الإرسال باقياً (١٠٧-١٠٨) . التسمية حال الإرسال (١٠٨) . أن ياحقه المرسل والرامي (١٠٨-١٠٩) . عدم إدراك ذبحة الاختيار (١٠٩-١١٠) . مسائل (١١٠-١١٢) .

كتاب الأضحية

(١١٣-١٢٥)

هل الأضحية واجبة (١١٣-١١٤) . شرائط الوجوب (١١٤-١١٦) . شرائط الأداء . وكيفية القضاء (١١٦-١١٨) . ما يجوز في الأضحية وما لا يجوز وما يكره (١١٨-١٢٥) . هل للمضحي أن يأكل من أضحيته وأن يبيعها (١٢٥) .

كتاب الفص

(١٢٦-١٤١)

حد الفص (١٢٦-١٢٧) . زوائد الفص (١٢٧-١٢٨) . حكم الفص : وجوب الرد (١٢٨) . ضمان النقصان (١٢٩-١٣٣) . زيادة المنصوب (١٣٣-١٣٩) . إتلاف المنصوب (١٣٩-١٤٠) . هلاك المنصوب (١٤٠-١٤١) .

كتاب الديات

(١٤٤-٢١)

القتل الموجب للقصاص والموجب للدية : الجناية في النفس : الموجبة للقصاص (١٤٦-١٤٢) . القتل الموجب للمال : العمد المحض الذي فيه شبهة (١٤٧-١٤٨) . القتل شبه العمد (١٤٨-١٤٩) . القتل الخطأ (١٤٩-١٥٠) . القتل بطريق التسبيب (١٥٠) . الجناية فيما دون النفس : (١٥١-١٥٥) .

وجوب الدية ومقدارها وكيفيتها : الجناية الموجبة للدية في النفس : مقدار الدية وكيفيتها (١٥٥-١٥٨) . فيما دون النفس (١٥٨-١٦٤) . الشجاج (١٦٤-١٦٧) . الجراح (١٦٨) . ما يجب فيه حكومة العدل (١٦٨-١٧٠) . حكم النساء (١٧٠-١٧٣) . حكم العبيد (١٧٣-١٧٧) . جناية المبرر وأن الولد (١٧٧-١٧٨) . جناية المسكات (١٧٨-١٧٩) . جنائهم على مولاهم أو على ماله خطأ (١٧٩-١٨٠) . الجنين (١٨٠-١٨٣) . بيان من تجب عليه الدية : المدة التي تجب فيها (١٨٣) . على من تجب الدية (١٨٣-١٨٥) . على من يجب الأثرش (١٨٥-١٨٦) . من هم المأقاة (١٨٦) . باب ضمان الراكب ومن كان في معناه : (١٨٧-١٩٩) . باب القسامة : مشروعية القسامة (٢٠٠) . تفسيرها ومن تجب عليه (٢٠٠-٢١٠)

كتاب الحدود

(٢١١-٢٣٢)

حد الزنا - أنواعه وسبب وجوبه (٢١١) . بيانه (٢١٢-٢١٥) . شرائط وجوب الرجم (٢١٥-٢١٦) . طريق ثبوته عند القاضي (٢١٦-٢٢٢) . **حد القذف -** ما هو حد القذف (٢٢٣) . تفسير القذف (٢٢٣-٢٢٥) . شرائطه (٢٢٥-٢٢٧) . أحكامه (٢٢٧-٢٣٠) . **التعزير** (٢٣١-٢٣٢) .

كتاب السرقة

(٢٣٣-٢٥٢)

السرقة - تفسيرها (٢٢٣-٢٤٦) . قطاع الطريق والبغاة - قطاع الطريق : من هم (٢٤٧-٢٤٩) . أحكامهم (٢٤٩-٢٥١) . البغاة (٢٥١-٢٥٢) .

كتاب الرتبة

(٢٧٤-٢٥٣)

مشروعيتها (٢٥٣-٢٥٤) . ركنها (٢٥٤-٢٥٦) . شرائط صحتها (٢٥٦-٢٦٥) . حكمها (٢٦٥) . الرجوع فيها (٢٦٦-٢٧٤) .

كتاب الودعة

(٢٨٢-٢٧٥)

مشروعية عقد الودعة (٢٧٥) . طبيعته (٢٧٥) . حكمه (٢٧٥-٢٨٢) .

كتاب العارية

(٢٨٨-٢٨٣)

العارية بطريق الحقيقة (٢٨٣-٢٨٤) . بطريق المجاز (٢٨٤) . العارية المطلقة (٢٨٤-٢٨٥) . العارية المنقيدة (٢٨٥-٢٨٨) .

كتاب الدعوى والبيانات

(٣١٥-٢٨٩)

الدعوى الصحيحة والعاسدة (٢٨٩) . العلم بالمدعى به (٢٩٠) . المدعى والمدعى عليه (٢٩٠-٢٩١) . اجراءات الدعوى أمام القضاء (٢٩١-٢٩٤) . الدعوى في ملك مطلق (٢٩٥-٢٩٦) . الدعوى من الخارجين في ملك مطلق (٢٩٧-٢٩٨) . دعوى الملك بسبب الإلزام (٢٩٩-٣٠١) . دعوى الملك بسبب الشراء (٣٠١-٣٠٦) . دعوى النجاج (٣٠٦-٣١٠) . ما يتكرر فيه سبب الملك ويصنع مرتين (٣١٠) .

مفروق الجوار

(٣١٥-٣١٠)

كتاب الإقرار

(٣٣٦-٣١٦)

كونه حجة (٣١٦-٣١٧) . ألفاظ الإقرار (٣١٧-٣١٩) . شرائطه (٣١٩-٣٢٠) . أنواع المقر به : حقوق الله تعالى (٣٢٠-٣٢١) . حقوق العباد (٣٢١-٣٢٢) . إقرار العبد والحر وتفسير الإقرار (٣٢٢-٣٣٣) . الإقرار في حالة الصحة (٣٣٣-٣٣٤) . الإقرار في المرض (٣٣٤) . الإقرار بالوارث : في حق النسب وفي حق الميراث (٣٣٤-٣٣٦) .

كتاب الوصايا

(٣٧٩-٣٣٧)

تقسيم (٣٣٧) . بيان الوصية (٣٣٨-٣٤٠) . مشروعيتها (٣٤٠-٣٤١) . شرائط صحتها (٣٤١-٣٤٣) . بيان الموصى به : الوصية بالمنافع (٣٤٣-٣٤٤) . الوصية بالعين (٣٤٤-٣٤٦) . إذا اجتمعت الوصايا (٣٤٦-٣٥٠) . هل يقدم بعض أصحاب الوصية على البعض (٣٥٠-٣٥٤) . بيان الموصى له وأحكامه (٣٥٤-٣٦٢) . نوعا الوصايا بالنسبة للموصى له (٣٦٢-٣٦٤) .

فصل في الإيضاء : (٣٦٥-٣٧٣) .

باب الرجوع عن الوصية : (٣٧٤-٣٧٩) .

(٣٨٠-٣٩٧) كتاب الوكالة

تعريفها (٣٨٠-٣٨١) .

الوكالة في حقوق الله تعالى : التوكيل في إثبات الحدود (٣٨١) . في الاستيفاء .

(٣٨٢) .

الوكالة في حقوق العباد : الوكالة في الخصومة (٣٨٢-٣٨٦) . الوكالة بقبض الدين

(٣٨٦-٣٩٠) . الوكالة بالتسليم (٣٩٠-٣٩٤) . الوكالة بالبيع (٣٩٤) . حكم الوكالة

(٣٩٥-٣٩٧) .

(٣٩٨-٤١٣) كتاب الكفالة

تعريفها (٣٩٨) . ألقاظها (٣٩٩) . شرائطها (٣٩٩-٤٠٠) . المكفول به :

الكفالة بالديون (٤٠٠-٤٠٨) . الكفالة بالأعيان (٤٠٨-٤٠٩) . الكفالة بالنفس

(٤٠٩-٤١٣) .

(٤١٤-٤١٦) كتاب الحوالة

شرعيتها وحكمها (٤١٤-٤١٥) . مطلقه ومقيدة (٤١٥-٤١٦) .

(٤١٧-٤٤١) كتاب الصلح

شرعيته (٤١٧) . أنواعه (٤١٨) .

الصلح بين المدعى والمدعى عليه : عن إقرار وبدل الصلح عين (٤١٨-٤١٩) .

وبدل الصلح دين (٤١٩) . عن لئسكار (٤٢٠) . تطبيقات (٤٢٠-٤٢١) . المدعى به دين

(٤٢١-٤٢٢) . بدل الصلح منافع (٤٢٢-٤٢٥) . المدعى به حقوق ليست بمال : الضرب

الذى يجوز (٤٢٥-٤٢٧) . الضرب الذى لا يجوز (٤٢٧-٤٣٢) .

الصلح بين المدعى والأجنبي : بإذنه (٤٣٢) . بغير إذنه (٤٣٢-٤٣٣) . الخلع

من الأجنبي (٤٣٣-٤٣٥) . العفو عن دم العمد من الأجنبي (٤٣٥) . الزيادة فى الثمن من

الأجنبي (٤٣٥) .

باب آخر من الصلح - مسائل متفرقة (٤٣٦-٤٤١) .

كتاب المزارعة والمعامد (٤٤٢-٤٥٨)

تفسيرها لغة وشرعا (٤٤٢-٤٤٣) . مشروعيتهما (٤٤٣) . أنواع المزارعة (٤٤٣-٤٤٤) .
(٤٤٩) . شرائط الصحة والفساد (٤٥٠-٤٥٤) . الإعذار في الفسخ (٤٥٤-٤٥٦) .
انقضاء العقد بالموت (٤٥٥-٤٥٧) . انقضاء مدة المزارعة والزرع بقل (٤٥٧-٤٥٨) .

كتاب الإكراه (٤٥٩-٤٧٠)

نوعاه (٤٥٩) . الإكراه على فعل حتى (٤٥٩-٤٦٤) . الإكراه على الأموال الشرعية:
على الإنشاء (٤٦٤-٤٦٧) . على الإقرار (٤٦٧) . متى يعتبر الإكراه وممن (٤٦٧-٤٧٠) .

كتاب القسمة (٤٧١-٤٨٠)

نوعاها (٤٧٠) .
قسمة الأعيان المشتركة : (٤٧٠-٤٧١) . متى يقسم القاضى (٤٧٢) . طريقة
لثبات المالك للقسمة عند القاضى (٤٧٣) . الإلهاية والولاية للقسمة عند القاضى (٤٧٣-٤٧٥)
كيفية القسمة (٤٧٥-٤٧٧) . الخيارات فى القسمة (٤٧٧-٤٧٨) . أثر القسمة (٤٧٨) .
ظهور دين على التركة أو وارث غائب بعد القسمة أو وصى (٤٧٨-٤٧٩) .
المهاياة : من حيث المكان (٤٧٩) . من حيث الزمان (٤٧٩-٤٨٠) .

كتاب المأذون (٤٨١-٤٩٧)

مشروعية الإذن للعبد فى التجارة (٤٨١-٤٨٢) .
تفسير الإذن : الإذن الخامس والإذن العام (٤٨٢-٤٨٤) . الإذن الصريح والذى
بطريق الدلالة (٤٨٤-٤٨٦) . الإذن المعلق بالشرط والمضاف إلى وقت (٤٨٦-٤٨٧) .
حكم الإذن : وما يملك المأذون وما لا يملك (٤٨٧-٤٩٥) .
الحجر على العبد المأذون (٤٩٦-٤٩٧) .

كتاب العبر (٤٩٨-٥٤٠)

تقسيم (٤٩٨) . تفسير الجهاد (٤٩٩) . كيفية فرض الجهاد (٤٩٩-٥٠٠) . ما يحى
حال شهود الوقعة (٥٠٠-٥٠٨) . أحكام الاتفاقات والقبض . والغنيمة (٥٠٨-٥١٤) . حكم
الطعام والماف وحكم غيرها (٥١٤-٥١٥) . كيفية قسمة الغنائم (٥١٦-٥١٧) . الفارس
والراجل (٥١٧-٥١٨) . حكم الأسرى (٥١٨-٥٢٠) . حكم الخمس (٥٢٠-٥٢٣) .

حكم الأموال التي أخذها الكفار من المسلمين وحكم عبيدنا (٥٢٣-٥٢٤) . الحربي إذا دخل دار الإسلام (٥٢٤-٥٢٥) .

باب أخذ الجزية وحكم المرتدين : حكم الجزية : على من تجب (٥٢٦-٥٢٧) .
مقدارها (٥٢٧-٥٢٨) . حكم بني تغلب (٥٢٨) متى ترفع (٥٢٩) .
حكم أهل الردة - حكم المرتد (٥٣٠-٥٣٢) . حكم مال المرتد وتصرفاته (٥٣٢-٥٣٣) .
حكم ميراث المرتد (٥٣٣-٥٣٥) .
باب أحكام البغاة : (٥٣٦-٥٤٠) .

(٥٤١-٥٥٥) كتاب الشرب

الفصل الأول : أحكام الشرب - الماء المأوك (٥٤١-٥٤٢) . ماء البئر المأوك (٥٤٢-٥٤٣) . النهر المشترك بين جماعة محصورة (٥٤٣-٥٤٥) . الانهار العظام (٥٤٥-٥٤٦) . على من مئونة كرى النهر وكيفية ذلك (٥٤٦-٥٤٨) . الاختلاف في المسألة (٥٤٨-٥٥١) . التصرف في الشرب الخالص والمشارك باليسع وغيره (٥٥١) .
الفصل الثاني : أحكام الأراضي : أنواع الأراضي (٥٥٢-٥٥٣) . كيفية الإحياء (٥٥٣-٥٥٤) . الحق في الكلاء (٥٥٤) . هل للنهر حريم ومقداره (٥٥٤-٥٥٥) . حريم البئر والمين (٥٥٥) .

(٥٥٦-٥٦٦) كتاب الأشرطة

أسماء الأشرطة : تفسيرها : الخمر - السكر - نقيع الزبيب - نبيذ التمر - الفضيخ - الباذق - الطلاء - الجهورى (٥٥٦-٥٥٨) .
أحكامها : حكم الخمر (٥٥٩-٥٦٠) . حكم السكر ونقيع الزبيب والتمر من غير طبخ والفضيخ والباذق (٥٦٠-٥٦٢) . حكم الطلاء وحكم مطبوخ التمر والزبيب أدنى طبخ على السواء (٥٦٢-٥٦٣) . حكم ما سوى هذه الأشرطة (٥٦٣-٥٦٤) .
حد السكر (٥٦٤) . سقى الصبيان والدواب الخمر (٥٦٥) . تحليل الخمر بالعلاج هل يجوز (٥٦٥-٥٦٦) . إذا صارت الخمر حامضاً بنقائها من الظل إلى الشمس (٥٦٦) .

(٥٦٧-٥٩٣) كتاب المحظورات

المس والنظر إلى الرجال والنساء : أنواع النساء (٥٦٧-٥٦٨) . الزوجات

والمساوكات بملك اليمين (٥٦٨-٥٧١) . المحارم من ذوات ارحم والمحارم التي لا ارحم لها من
الاجنبيات (٥٧١-٥٧٢) . مملوكات العيز (٥٧٢) . الاجنبيات وذوات الرحم بلا محرم
(٥٧٣-٥٧٥) . الرجال في حق الرجال (٥٧٥) . النساء في حق النساء (٥٧٥-٥٧٦) .
النساء في حق الرجال (٥٧٦) .

باب آخر - (٥٧٧-٥٨٢) .

باب آخر منه - استعمال الحرير (٥٨٣-٥٨٥) . استعمال الذهب والنضة (٥٨٥-٥٨٥)

(٥٥٩) . كراهية شرب لبن الاثان للتداوى (٥٨٩-٥٩٠) . عبادة اليهودى والصرافى
(٥٩٠-٥٩١) . كراهية أن تصل امرأة شعرها المقطوع بشعرها (٥٩١) . كراهية اللعب
بالنرد والشطرنج (٥٩٢) . او ماتت حامل وفي بطنها ولد يضطرب فهل يشق بطنها (٥٩٢-٥٩٣)
(٥٩٣) . لو ابتاع انسان ذرة رجل فوات فهل يشق بطنه لإخراج الذرة (٥٩٣) .

كتاب السبع (٥٩٤-٥٩٧)

لا بأس بالمسابقة في أربعة أشياء (٥٩٤-٥٩٥) . أوجه المسابقة وحكم كل وجه (٥٩٥-٥٩٧)
(٥٩٧) . متى يجوز الرهان والمسابقة (٥٩٧) .

كتاب المفقود (٥٩٨-٦٠١)

تفسير المفقود: (٥٩٨) . حكمه: في المال (٥٩٨-٥٩٩) . في الحال (٥٩٩-٦٠١) .

كتاب اللقيط واللفظ وجعل الاربس (٦٠٢-٦١٤)

تفسير اللقيط واللقطة وجعل الاربس والضالة (٦٠٢-٦٠٣) .
حكم اللقيط: هل التقاطه واجب (٦٠٣) . نفقات زويته (٦٠٣-٦٠٤) . الولاية عليه
(٦٠٤) . الولا (٦٠٤-٦٠٥) . حكم الحرية (٦٠٥-٦٠٦) . حكم النسب (٦٠٦-٦٠٨)
(٦٠٨) . حكم الاسلام (٦٠٨-٦٠٩) .

حكم اللقطة - هل يأخذها أم يتركها من يجدها (٦٠٩-٦١٠) . إذا أخذها وأزاد
وضعها مكانها ، أو دفعها إلى غيره ، أو هلك في يده (٦١٠-٦١١) . وجوب دفع الأمر
إلى القاضي (٦١١) . تمريفها (٦١١-٦١٢) . حكمها إذا لم يظهر صاحبها (٦١٢) . دفعها
إلى صاحبها (٦١٢-٦١٣) .

الدابة الضالة - (٦١٣) .

العبد الآبق - جملة (٦١٣-٦١٤) .

كتاب الخنثى (٦١٥-٦٢١)

تبريف الخنثى - حكمه قبل الباوغ (٦١٥ - ٦٢١) . أحكام الخنثى المشكل :
الخنثان (٦١٧) . لبس الحرير ووقفه في الصلاة وترتيبه في الجنائز وتسميته (٦١٨) . ميراثه
(٦١٨-٦٢١) .

كتاب الشهادات (٦٢٢-٦٢٧)

تحمل الشهادة - عما يجوز ومن (٦٢٢-٦٢٤) .
حضور الشهود عند النكاح - (٦٢٤) .
جواز الشهادة عند القاضي - شرط قبولها (٦٢٤) . ممن (٦٢٤ - ٦٢٦) .
الاختلاف الشهود (٦٢٦-٦٢٧)

كتاب الرجوع عن الشهادات (٦٢٨-٦٣٤)

متى يصح الرجوع عن الشهادة (٦٢٨ - ٦٢٩) . حكم الرجوع عن الشهادة (٦٢٩ -
٦٣٤) .

كتاب أدب القاضي (٦٣٥-٦٤٦)

القضاء فريضة (٦٣٥) . من يولى القضاء (٦٣٥-٦٣٦) .
واجبات القضاء - بأى حكم يقضى القاضي (٦٣٦-٦٣٨) . شرط الثبوت عنده: البينة -
الإقرار - علم نفسه (٦٣٨ - ٦٣٩) . لا يقضى لمن لا تجوز شهادته لهم (٦٣٩) . كتاب
القاضى (٦٤٠)
آداب القضاء - (٦٤١-٦٤٦) .

كتاب الوقف والصرف (٦٤٧-٦٥٦)

الفصل الأول - في الوقف - جوازه - هل تسليم الموقوف شرط وكيف التسليم
(٦٤٧-٦٤٨) . إذا جمل أرضه وقتا على الفقراء (٦٤٨-٦٤٩) . إذا وقف في حال حياته
وأوصى بذلك بعد وفاته (٦٤٩) . إذا أمضى القاضى الوقف (٦٤٩-٦٥٠) . شروط الوقف
(٦٥١) . الوقف في حالة المرض (٦٥١-٦٥٢) . وقف المقول (٦٥٢ - ٦٥٣) . وقف
انكبت (٦٥٣) . لو جمل أرضه دباطا أو مقبرة أو سقاية (٦٥٣ - ٦٥٤) . لو وقف أرضا
على عمارة المسجد والوقف على مسجد (٦٥٤-٦٥٥) .
الفصل الثانى - حكم الصدقة (٦٥٥-٦٥٦) .

فهرست الاعلام المترجم لهم

فى هذا الجزء

الرقم الاول يشير الى الصفحة والثانى الى الهامش حيث الترجمة

س

سعيد بن المسيب . ١ : ١٧٢

ش

الشمي (أبو عمرو عامر بن شراحيل) ١ : ٦١٩

ع

عبد الله بن مسعود ١٧٠-١٧١ : ١٢-١٣

عبيدة السلماني (أبو مسلم أز أبو عمرو) ٨ : ١٥٦

عمر بن عبد العزيز ٨ : ٢٠٠

عيسى بن أنان ١١ : ٣٠٨

م

ماعز بن مالك ٩ : ٢١٩

مجاهد بن جبير ١ : ٩٨

محمد بن الحسن ٦ : ٢٩٥

منيرة بن شمعة ٦ : ١٥٨

المريسي (بشر) ٣ : ٥٦١

ن

النخعي (ابراهيم) ٧ و ٦ : ١٨٦

نصر (ابو الليث) ١١ : ٣٠٩

نصير بن يحيى البلخي ٦ : ٦٥٣

هـ

هلال رأي (هلال بن يحيى) ١ : ٦٤٨

ا

ابراهيم النخعي ٧ و ٦ : ١٨٦

أحمد بن عصمة ٦ : ١٠٢

ابن مسعود (أبو عبد الله) ١ : ٤٥٠

أبو الليث (نصر) ١١ : ٣٠٩

أبو موسى الأشعري ٥ : ١٥٨

ب

بشر (المريسي) ٣ : ٥٦١

ج

جابر بن عبد الله ٤ : ٨٨

٤ : ٣٠٧

ح

الحسن بن زياد اللاؤلؤي ٧ : ٥٩٩

ر

ريمة الرأي (أبو عثمان أو أبو عبد الرحمن)

٤ : ١٧٢

ز

الزعفراني (الحسن) ٧ : ١١٩

زيد بن ثابت ١٧٠ - ١٧١ : ١٢-١٣

أخطاء مطبعية

وقع أثناء الطبع بعض أخطاء مطبعية لن نحقق على القارىء . وفيما يلي ما وقع عليه نظرنا

الصفحة	الهامش	السطر	الخطأ	الصواب
١٦	٨		إذا كان البيع	... المبيع
٧٠	٩		٢٧٩ - ٢٧٨	٢٧٩ - ٢٨٨
١٢٠			ولا يجوز الجمل	ولا يجوز الحمل (بالخاء لا بالجيم) ملاحظة
				قال ابن عابدين (٥ : ٢٢٣) : « وفي البدائع تقدير هذه الأسنان بما ذكر لمنع النقصان لا الزيادة . فلو ضحى بسن أقل لا يجوز وبأكبر يجوز وهو أفضل . ولا يجوز بحمل وجدي وعجول وفصيل ، لأن الشرع إنما ورد بالأسنان المذكورة » .
١٢٨	٥		ولهذا	لهذا
١٥٧	٦		ترجمته في الهامش ١١ ١٢
١٥٩	٤			الخط الذي بعد السطر الثالث ينقل إلى أسفل السطر الرابع تحت عبارة « المصو الذي لا نظير له في البدن » .
١٥٩	٤		ص ١٦٧ وما بعدها	... ص ١٦٨ وما بعدها
١٦٦	٢		فهذه إحدى	... إحدى
٢٠٧			ولو جد القتل	ولو وجد القتل
٢٤٧	٣		أي يمنع	أي يمنع
٤٩٨	٤		مغنى النفل	معنى النفل
٥٠٧	٤		الدمى	الذمي

ملاحظة - في ص ٢٤٦ سقط هامش برقم ٩ نصه : « لم يتكلم على حكم السرقه كما وعد (راجع ص ٢٣٣) وانظر الكاساني ، ٧ : ٨٤ وما بعدها » .

تقرر تدريس كتاب « التحفة » بأجزائه الثلاثة في كلية الشريعة بجامعة دمشق .

